KD
8335
.S6514
1984

Law Reform Commission
Library

JUN 13 1984

Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
University of Ottawa

http://archive.org/details/loriginedumandat00smit

L'ORIGINE DU MANDAT DE MAIN-FORTE EN ANGLETERRE ET SON HISTORIQUE AU CANADA

Un document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U. d'O.
U. of O.
LAW LIBRARY

par

Maurice H. Smith

Law Reform Commission
Library

J. 13 1984

Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

The English title is:

Origins of Writ of Assistance Search
in England,
and its Historical Background
in Canada

Tirage limité
(C) Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J32-3/35F
ISBN 0-662-92573-4

TABLE DES MATIÈRES

		Page
Sommaire		1
Partie I:	Les débuts	7
1.	La conjoncture	7
2.	Le mandat de main-forte: examen préliminaire	9
3.	La loi sanctionnant le mandat de main-forte	10
4.	Les origines doctrinales du mandat de main-forte	12
5.	La juridiction de la Cour de l'Échiquier	15
6.	Les racines du mandat de main-forte	16
7.	Les circonstances précédant l'instauration des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte	19
8.	Remise en question sur le plan constitutionnel	21
9.	L'influence du common law sur la loi de 1662	22
10.	Le législateur	26
Partie II:	Les traquenards de la législation	29
1.	La portée des dispositions de la loi de 1662	29
2.	Les effets sur la législation ultérieure	30
3.	Le signal d'alarme	31
4.	La loi de 1696	34
5.	Dénouement	37
Partie III:	Introduction en Amérique du Nord	45
1.	Les circonstances précédant l'adoption des Townshend Acts	45
2.	Les Townshend Acts	47
3.	Les astuces du métier	49
4.	Le raffinement	51
5.	Péché d'omission	52
6.	La pierre angulaire	55
Partie IV:	La transformation	57
1.	Retour en arrière à 1767	57
2.	L'introduction du mandat de main-forte au Canada	58
3.	L'erreur en évidence	60
4.	Perpétuation de l'erreur	62
5.	Nouvel imbroglio législatif	65

Page

6. L'héritage de 1825 68
7. Le moule canadien 69
8. Un soupçon d'atavisme? 70
9. Caractéristiques essentielles du mandat de main-forte canadien 72
10. La découverte d'une ressource secrète? 73
11. L'obligation de prêter main-forte? 74
12. La législation une fois de plus erratique 75
13. La source du problème 77

Partie V: Les sources de l'imbroglio 79

1. Faits historiques divers 79
2. Sabotage? 83
3. Pauvreté des ressources 85

Annexe A: Mandat de main-forte (britannique) au milieu du XVIIIe siècle 89

Annexe B: Opinion du procureur général William De Grey au sujet de la délivrance des mandats de main-forte en Amérique, 1768 93

Annexe C: Modèle de mandat de main-forte pour l'Amérique du Nord britannique, 1768-1769 97

Renvois 101

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude aux institutions archivistiques du Canada et du Royaume-Uni et à leur personnel, de même qu'à la société d'histoire du Massachusetts, dont l'aide généreuse a été pour moi d'une valeur inestimable.

M.H.S.

Broxbourne, Angleterre

SOMMAIRE

Ce document relate les origines britanniques du pouvoir vaste et péremptoire de fouiller des lieux privés, associé au mandat de main-forte, de même que l'introduction de ce pouvoir dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord et ses fondements actuels dans le droit fédéral canadien.

Dans la partie I du document, nous verrons comment sont apparues les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, en matière de douane. Nous verrons également que lors de la restauration, époque où la juridiction du Conseil privé ne pouvait plus justifier de telles perquisitions, on a légiféré afin d'établir des pouvoirs permettant de rechercher des biens de contrebande sur la terre ferme. Un texte de loi de 1660, destiné à combler les lacunes de la législation existante, permettait la délivrance de mandats autorisant des perquisitions spécifiques, et visant des biens à l'égard desquels les droits de douane n'avaient pas été acquittés. La perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, institution beaucoup plus originale sur le plan juridique, fit son apparition en 1662 avec l'adoption du paragraphe 5(2) de l'Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs, ensemble de dispositions relatives à la perception des douanes, généralement connu sous le titre Act of Frauds.

Le pouvoir de perquisition prévu au paragraphe 5(2), et conféré à [TRADUCTION] "toute personne autorisée par un mandat de main-forte", devait se révéler la source de malentendus considérables. Le mandat dont il était question était essentiellement différent de tous les mandats de main-forte qui existaient alors, en ce qu'il obligeait pour ainsi dire tous les sujets du royaume à prêter assistance au douanier en cas de perquisition. Le paragraphe 5(2) intéressait en particulier l'agent de la paix local dont la présence ("assistance", en anglais de l'époque) devenait une autre condition de la perquisition (de fait, cette condition était sans doute la principale). Dans la mesure où, essentiellement, il permettait de réclamer main-forte, le mandat prévu par la loi de 1662 n'était manifestement pas la source du pouvoir de perquisition. Pourtant, à cause de l'évolution du champ sémantique du mot "authorised", on en est venu à penser exactement le contraire, c'est-à-dire que le mandat de main-forte était semblable à un mandat de perquisition. En effet, l'expression "authorised by Writ of Assistance", que l'on trouvait au paragraphe 5(2), signifiait en réalité

"dont l'identité est attestée par un mandat de main-forte". Utilisé dans ce sens maintenant devenu archaïque depuis longtemps, le terme "authorised" a permis d'escamoter le fait qu'en réalité, le pouvoir de perquisition associé au mandat de main-forte provenait directement de la loi.

Le mandat de main-forte nouvellement créé trouvait sa sanction dans une doctrine de common law proposée par Coke, suivant laquelle il existait en droit une [TRADUCTION] "ressource secrète" permettant de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi publique du Parlement, "selon la force et l'effet de la loi". Dans l'Act of Frauds de 1662, les dispositions du paragraphe 5(2) introduisaient le mandat de main-forte, mais c'est à l'article 32 qu'était sanctionné le contenu véritable du mandat, c'est-à-dire l'obligation presque universelle d'aider à l'application de la législation douanière.

La partie II traite d'autres aspects assez singuliers de la législation en cause, et dont les effets se firent sentir dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord. Parmi ceux-ci, on compte la définition, au paragraphe 5(2), des biens visés par la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte: [TRADUCTION] "tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'il soit, interdit et introduit en contrebande". Or, il était impossible de donner à la conjonction "et" un sens disjonctif. Quelle que fût l'infraction commise à l'égard des biens en cause (même le non-paiement des droits), ceux-ci ne pouvaient faire légalement l'objet d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, à moins que l'importation ou l'exportation de ces biens ne soit prohibée. Une formule aussi limitée pouvait toujours faire l'affaire en 1662. En effet, la perception des douanes avait été affermée, et l'État se préoccupait moins de la protection des revenus provenant de la douane, que du maintien de la réglementation du commerce maritime impérial encore toute récente, qui était à la base de la plupart des prohibitions. Pourtant, lorsque la Couronne reprit l'administration des douanes en 1671, la définition précitée, maintenant devenue tout à fait inacceptable, ne fut pas élargie afin de viser tout simplement les marchandises à l'égard desquelles les droits n'avaient pas été acquittés. Peut-être n'en sentait-on pas le besoin, dans la mesure où l'interprétation restrictive du paragraphe 5(2) n'avait droit de cité que dans les discussions théoriques des juristes, et non en pratique dans les ports. Quoi qu'il en soit, les effets de cette négligence se firent sentir lorsqu'on voulut appliquer le régime douanier britannique

aux colonies. C'était une chose que de fermer les yeux sur la façon peu orthodoxe dont la loi était interprétée en pratique; c'en était une autre que de légiférer comme si cela n'avait pas d'importance. Par contre, en corrigeant ouvertement la formule défectueuse, l'on se serait trouvé à reconnaître ce manque de rigueur, et l'on se serait exposé à des poursuites ruineuses en responsabilité délictuelle. La solution de l'Act of Frauds de 1696 (dont le titre complet était: Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade) consista à noyer le poisson. À travers la prolixité rébarbative de l'article 6 de cette loi, on pouvait entrevoir certaines dispositions qui donnaient l'impression qu'à l'instar de différents autres pouvoirs d'application créés par la loi de 1662, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte pouvaient être utilisées dans les colonies. Mais cela n'était jamais qu'une impression. En réalité, la substance véritable de l'article 6, laquelle était du reste assez maigre, était présentée sous une forme tellement boiteuse sur le plan syntaxique, qu'il était absolument impossible d'en donner une interprétation certaine.

L'illusion était assez réussie. En effet, il fallut attendre soixante-dix ans avant qu'elle ne commence à s'effriter, sans toutefois disparaître complètement. En Amérique, on avait fini par se convaincre que l'implantation des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte était le but visé par la loi de 1696 (cette interprétation fut d'ailleurs la source de la fameuse polémique de James Otis à l'encontre du mandat du Massachusetts, en 1761). Pourtant, en 1766, la confusion qui régnait au sein des tribunaux du Connecticut força le procureur général britannique à désavouer cette interprétation. La déclaration du procureur général portait principalement sur un autre aspect assez singulier du paragraphe 5(2) de l'Act of Frauds de 1662: le mandat devait être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté. On avait insisté sur le caractère indispensable de cette condition; même le sceau d'un tribunal colonial investi de la juridiction de l'échiquier ne suffisait pas. Or, comme la juridiction de la Cour de l'Échiquier ne s'étendait pas aux colonies, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte n'avaient aucun fondement légal dans les colonies.

Malgré l'indignation incrédule du Trésor, il n'existait qu'une solution: légiférer. À cette fin, on tira profit de la réforme fondamentale que Charles Townshend apporta au système douanier des colonies en 1767. La

partie III relate les débuts de la nouvelle disposition relative aux perquisitions, l'article 10 du Revenue Act, de 1767.

Cette disposition, qui avait censément pour but de dissiper les doutes que soulevait la législation existante (stratagème différent de celui de 1696, mais conçu également afin de faire échec aux poursuites qui auraient pu être intentées à l'encontre des perquisitions qui maintenant, semblaient avoir été exécutées illégalement), s'attaquait directement au problème de la juridiction. Dorénavant, la cour supérieure ou la cour suprême de chaque colonie était habilitée à délivrer des mandats de main-forte. On profita de l'occasion pour apporter une autre rectification, moins pressante toutefois. Reprenant par renvoi diverses dispositions importantes de la loi de 1662, laquelle restait le texte de base en la matière, le législateur remplaça discrètement la formule "interdit et introduit en contrebande" (établissant la portée des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte), devenue insatisfaisante, par la formule plus commode "interdit ou introduit en contrebande".

Que l'on ait voulu donner au pouvoir de perquisition visé à l'article 10, de même qu'au mandat de main-forte, une portée très générale, cela ne fait aucun doute. La résistance farouche qu'opposèrent les autorités britanniques à quelques initiatives coloniales visant à limiter la portée du mandat, et partant, celle du pouvoir de fouille, à une perquisition spécifique, en est la preuve indiscutable. Or, l'article 10 était muet sur cette question particulièrement épineuse. Sans doute eût-il été préférable d'énoncer qu'il s'agissait d'un pouvoir de perquisition de portée générale.

La partie IV traite d'autres lacunes dans la rédaction de l'article 10, et des effets que celles-ci eurent par la suite sur le droit canadien. Notamment, il était question, à l'article 10, de [TRADUCTION] "mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté (...) à rechercher (...)". Inspirées de la formule initiale "personne autorisée par un mandat de main-forte", les dispositions de l'article 10 ne tenaient pas compte du fait qu'en 1662, le mot "authorised" signifiait également "dont l'identité est attestée par le mandat". Les tentatives que firent les autorités britanniques pour réparer cette maladresse eurent plus de succès dans les colonies du nord que dans celles du sud. Quoi qu'il en soit, la formulation des mandats canadiens refléta bientôt l'esprit des

dispositions de l'article 10 de la loi de 1767. Finalement, un mandat de nature hybride fut créé qui autorisait les perquisitions et imposait l'obligation de prêter main-forte.

En 1825, la législation fut de nouveau modifiée en profondeur par l'adoption de l'Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad, qui remplaçait toutes les dispositions législatives antérieures. Aux termes de l'article 53 de cette loi, des perquisitions pouvaient être exécutées [TRADUCTION] "sous l'autorité d'un mandat de main-forte". Cette modification subtile dans la formulation des dispositions de la loi, dont l'effet se fit sentir par la suite dans la nouvelle loi de 1833 qui la remplaça, semble avoir servi deux fins: permettre la continuation des mandats qui étaient toujours en vigueur, et favoriser une nouvelle définition théorique du mandat de main-forte, en rapport avec son contexte initial.

Les premiers efforts du parlement canadien dans ce domaine se retrouvent dans l'Acte concernant les douanes de 1867, dont l'article 92 vint sanctionner les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Pour ce qui est de la source du pouvoir en question, le contenu de la disposition canadienne se rapproche davantage de celui de la loi britannique de 1767, que de celui de la loi de 1662. Les lois canadiennes modernes telles que la Loi sur les douanes, la Loi sur l'accise, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues, semblent renforcer l'interprétation suivant laquelle le pouvoir de perquisitionner résulte du mandat lui-même.

En 1965, le juge Jackett, président de la Cour de l'Échiquier, s'inscrivit en faux contre cette interprétation dans l'affaire In re Writs of Assistance. Il soutint que le pouvoir du détenteur d'un tel mandat provenait uniquement de la loi et non du mandat, ni du tribunal qui avait délivré celui-ci. Cette décision semble avoir redonné au mandat de main-forte sa nature initiale, c'est-à-dire celle d'une sorte de pièce d'identité, et semble avoir réhabilité la doctrine proposée par Coke. Toutefois, à l'exception des mandats délivrés en vertu de la Loi sur l'accise, ni les mandats canadiens modernes, ni les dispositions législatives qui les ont créés, n'énoncent la nécessité de requérir main-forte. L'absence de cette exigence est sans doute attribuable à la loi de 1825 qui supprima toutes les dispositions législatives antérieures sur le sujet, et ne contenait aucune disposition remplaçant celle de l'article 32 de l'Act of Frauds.

Dans la partie V, le thème de la partie III est approfondi encore davantage. La cohésion de la législation initiale a diminué au cours de l'histoire, d'où l'apparition de différentes anomalies dans la forme actuelle des mandats de main-forte. La source de ces anomalies réside probablement dans la loi de 1767, dont la formulation malencontreuse a semé la confusion quant à la nature véritable du mandat de main-forte.

Le manque de données documentaires à ce sujet (exemples de mandats de l'époque, jurisprudence et doctrine) est peut-être imputable à la circonspection avec laquelle les mandats de main-forte étaient décernés et a probablement contribué à la transformation du mandat par rapport à sa source théorique initiale. En particulier, à la lumière de la doctrine de Coke concernant la "ressource secrète du droit", le mandat moderne semble avoir beaucoup évolué par rapport à sa nature initiale, c'est-à-dire celle d'un instrument destiné à faciliter l'application de la loi, pour devenir une source de pouvoir en soi.

PARTIE I

LES DÉBUTS

1. LA CONJONCTURE

L'année 1767 vit le régime douanier des colonies britanniques de l'Amérique du Nord se modifier en profondeur. Jusqu'alors, la responsabilité du système impérial de réglementation du transport maritime, du commerce et de la perception des douanes avait été assumée, tant dans les colonies qu'en Angleterre, par le bureau des commissaires des douanes de Londres. C'est à ce moment qu'à l'initiative de Charles Townshend, le Chancelier de l'Échiquier (pendant une période assez courte, cependant, car Townshend devait mourir avant la mise en application des mesures qu'il avait proposées), le Parlement de Westminster établit à Boston un bureau distinct pour l'Amérique, de même qu'un modeste tarif de droits d'importation que les commissaires étaient chargés d'appliquer. Le Revenue Act de 1767 contenait également la disposition suivante:

> [TRADUCTION]
>
> Un mandat de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, entrepôt, magasin, cave ou autre endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, afin de rechercher et de saisir des biens interdits ou introduits en contrebande (...) peut être décerné par la (...) Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou dans la plantation en cause (...)[1]

Cette disposition marque le début de l'histoire des mandats de main-forte au Canada.

C'est dans les colonies sécessionnistes du Sud que l'histoire du mandat de main-forte a connu ses développements les plus importants. Sous les pressions des officiers de la Couronne britannique, les commissaires des douanes américains se mirent à harceler les tribunaux coloniaux afin que ceux-ci délivrent des mandats de portée générale qui permettent aux préposés des douanes d'organiser des perquisitions concernant les biens de contrebande aux endroits et de la façon qu'ils jugeaient appropriés. Ces efforts eurent peu de succès car les tribunaux firent la sourde oreille, quand ils ne refusèrent pas catégoriquement de

décerner ces instruments d'application de la législation douanière, qu'ils jugeaient trop avant-gardistes. En effet, dans la plupart des colonies, le mandat de main-forte était encore inconnu. Les tribunaux n'acceptaient de délivrer un mandat que sur présentation d'une déclaration sous serment spécifiant un endroit et un moment déterminés. Bien sûr, tout cela s'inscrit dans la ligne des critiques tapageuses dont tous les mandats de perquisition de portée générale firent l'objet, tant au Parlement que de la part des tribunaux britanniques, à l'époque de John Wilkes. Cette crise que connut l'Angleterre n'est sans doute pas étrangère à la situation qui existait en Amérique. Quoi qu'il en soit, les signes avant-coureurs d'une controverse concernant le mandat de main-forte s'étaient déjà manifestés en Amérique, au moment où James Otis avait tenté (en vain) de supprimer, dans sa province, les mandats de portée générale que les officiers de justice locaux s'étaient, par excès de zèle, cru autorisés à délivrer en vertu des vieilles lois coutumières. C'est dans cette controverse que John Adams devait distinguer les premières lueurs de l'indépendance[2]. Parce qu'il fut la cible des attaques d'Otis en 1761 et parce qu'il fit l'objet de rivalités entre les colonies au cours des années qui suivirent l'introduction des mesures de Townshend, le mandat général de main-forte devint un élément primordial de l'histoire des États-Unis. Les controverses qu'il suscita témoignent de l'aversion profonde de ce peuple envers l'arbitraire en matière de perquisition, sentiment que l'on retrouve notamment dans le quatrième amendement à la Constitution[3], et qui est très caractéristique de l'Amérique.

Au Canada, l'évolution fut différente. En effet, les pouvoirs de pénétrer dans un endroit et de perquisitionner en vertu d'un mandat de main-forte ont survécu aux contestations et se sont même développés. De nos jours, on les retrouve non seulement dans la législation douanière, mais aussi en matière d'accise et de drogues[4], ainsi que dans les lois provinciales. À la faveur de deux cents ans d'existence ininterrompue, pour ne pas dire florissante, le mandat de main-forte semble s'être implanté solidement au Canada.

Bien sûr cette implantation fait suite à l'importation au Canada des Townshend Acts de 1767, qui connurent une histoire parallèle en Angleterre.

2. LE MANDAT DE MAIN-FORTE: EXAMEN PRÉLIMINAIRE

On trouvera à l'annexe A le texte d'un mandat de main-forte délivré en Angleterre vers la fin du règne de George II. On le retrouve en Nouvelle-Écosse au printemps de 1768, date[5] qui correspond au stade préliminaire de la longue campagne que menèrent les commissaires des douanes américains en vue de familiariser les tribunaux des colonies avec l'usage du mandat de main-forte et de les amener à se conformer de façon satisfaisante à la loi de 1767. (Selon toute probabilité, il s'agit du plus ancien mandat de main-forte anglais qui existe encore de nos jours.)

Peu de temps après, à Westminster, lorsque la Trésorerie eut pris connaissance des difficultés auxquelles les commissaires faisaient face dans bon nombre de colonies, elle expédia en Amérique, sous la plume du procureur général de l'Angleterre, William De Grey, une opinion datée du 20 août 1768 dont nous avons également joint le texte intégral à l'annexe B. Nous croyons en effet que ce texte fait autorité en ce qui concerne les origines juridiques et pratiques du mandat de main-forte en matière de douane[6]. Le procureur général De Grey a joué un rôle décisif dans la mise en oeuvre de la Loi de 1767, comme nous le verrons plus en détail dans les pages qui suivent. Sur le plan qualitatif, ce rôle fut très inégal. Quoi qu'il en soit, en août 1768, il s'appliqua à bien approfondir cette question, et nous nous référerons à plusieurs reprises à l'opinion quil émit à cette date.

À ce stade, il convient de souligner le rectificatif que De Grey apporta au concept (qui, néanmoins, est demeuré très élastique) selon lequel le mandat de main-forte était de la nature d'un mandat de perquisition, c'est-à-dire un document qui était, en soi, la source du pouvoir du préposé des douanes de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition. Voici ce que dit De Grey en 1768:

> [TRADUCTION]
>
> Le pouvoir du préposé du bureau de douane lui est conféré par une Loi du Parlement, et non par ce mandat dont le seul but est de faciliter l'exercice de ce pouvoir, en faisant de la désobéissance au mandat un outrage au tribunal; le mandat ne fait qu'ordonner à tous les sujets de permettre l'exercice de ce pouvoir et d'y prêter main-forte.

On peut, à la lecture du mandat rédigé sous le règne de George II, si tant est qu'on se sente le courage de s'y attaquer, constater que ce mandat ne conférait au préposé des douanes que le pouvoir d'exiger l'aide des citoyens. Au-delà de sa prolixité rébarbative, le mandat n'était en somme qu'une directive émise au nom du roi, qui ordonnait, de façon générale, aux fonctionnaires navals, militaires et civils, de même qu'au public, d'aider le douanier dans l'accomplissement de son travail.

On aura remarqué qu'au cours des derniers paragraphes, nous n'avons parlé que du mandat de main-forte en matière de douane. En effet, le lecteur a pu être amené à croire qu'il existe, ou du moins, qu'il a existé des mandats de main-forte dans d'autres domaines que celui-là. Au cours des siècles, certains instruments se sont développés qui n'avaient rien à voir avec l'application de la législation douanière, et qui n'avaient que peu de rapport les uns avec les autres. Quelques-uns d'entre eux étaient liés aux fonctions du shérif. Par exemple, l'un de ces mandats ordonnait au shérif d'aider un débiteur du roi à recouvrer une créance qui lui était due, afin de pouvoir payer le roi. Un autre lui ordonnait d'aider à la perception de certains montants dont son prédécesseur était comptable[7]. Il existait aussi un autre document, qu'on appelait parfois en anglais writ of assistance, qui ordonnait aux juges et aux représentants de la Couronne de se présenter à la Chambre des Lords à l'ouverture du Parlement (dans ce cas, on a sans doute donné au mot anglais "assistance" un sens qu'il avait jadis, c'est-à-dire la réunion de personnes qui assistent à un événement sans y prendre part). Vraisemblablement, le manque de rigueur dans l'emploi d'une terminologie préexistante est pour une grande part responsable des erreurs et de la confusion que l'on trouve encore de nos jours dans les commentaires concernant le mandat de main-forte en matière de douane.

3. LA LOI SANCTIONNANT LE MANDAT DE MAIN-FORTE

L'opinion émise par le procureur général De Grey en 1768 énonça de façon très explicite que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en matière de douane provenait, non pas du mandat lui-même, mais bien d'une Loi du Parlement. La "Loi" en question s'intitulait Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's

Customs[8]. Cette loi qui date de 1662 était communément appelée Act of Frauds. Voici la teneur du paragraphe 5(2) de celle-ci:

> [TRADUCTION]
>
> Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande, et de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu.

En fait, il s'agit là de la première reconnaissance officielle du mandat de main-forte en matière douanière.

Cette disposition soulève d'emblée plusieurs questions. Si tant est que le mandat de main-forte fût différent du mandat de perquisition, dans la mesure où il n'ordonnait pas à un préposé de la douane de procéder à une perquisition, mais ordonnait au public en général de faciliter la perquisition, pourquoi parle-t-on, dans la Loi, de la personne "autorisée" par le mandat? Est-ce que cela ne revient pas à dire que le mandat lui-même est la source des pouvoirs de cette personne? Comment, eu égard au libellé du paragraphe 5(2) de la Loi, le procureur général De Grey a-t-il pu affirmer que "le pouvoir du préposé du bureau de douane lui est conféré par une Loi du Parlement, et non par ce mandat"? La réponse n'est pas tout à fait claire (en fait, et cela deviendra évident par la suite, cette ambiguïté a eu un effet important lors de l'introduction en Amérique du Nord britannique des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte).

En réalité, la cause de ce problème réside dans un caprice de la langue anglaise. Dans le Act of Frauds de 1662, le mot "authorised" fut employé dans un sens qui allait bientôt devenir archaïque, mais qui était encore

courant au XVIIe siècle, soit celui d'attester de l'identité d'une personne. Dans son opinion datant de 1768, De Grey s'exprima ainsi:

> [TRADUCTION]
>
> Le mandat est une notification de l'identité du détenteur aux constables et autres personnes visés par le mandat, et constitue pour les sujets une sauvegarde à l'encontre de ceux qui pourraient tenter d'usurper ces pouvoirs.

Jusque tard au XVIIIe siècle, les mandats de main-forte étaient délivrés par le registraire du Roi, un officier de la Cour de l'Échiquier chargé de percevoir les créances du Roi. Le texte, qui à l'origine était en latin, était rédigé sur une grande feuille de papier-parchemin par la chancellerie, d'une écriture élégante mais à toutes fins utiles indéchiffrable, le tout orné d'un portrait enluminé du souverain et d'un sceau de cire massif suspendu au bout d'un cordon tressé et renforcé. Il nous apparaît pour le moins bizarre qu'un document aussi sophistiqué ne soit en somme qu'une carte d'identité, mais en principe, la comparaison est juste.

Quoi qu'il en soit, le principe fondamental est établi. Prises dans leur sens véritable, les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 conféraient directement au détenteur du mandat le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition. Si la loi exigeait que le douanier détienne un mandat de main-forte, cela n'impliquait pas que le mandat était la source des pouvoirs du douanier, pas plus que l'autre condition préalable n'impliquait que l'exercice de ce pouvoir était en quelque sorte subordonné à la présence de l'agent de la paix qui prêtait main-forte au douanier.

4. LES ORIGINES DOCTRINALES DU MANDAT DE MAIN-FORTE

Il existe un autre aspect, tout à fait différent, sous lequel la formulation du paragraphe 5(2) s'est révélée une source de confusion à laquelle même un juge en chef n'a pas su échapper. En effet, dans une des rares décisions anglaises rapportées sur le mandat de main-forte en matière de douane, le lord juge en chef Tenterden s'est exprimé de la façon suivante:

[TRADUCTION]

> Le mandat de main-forte est certes très ancien. Il en est fait mention à l'article 5 de la Loi dont la référence est 13 et 14 Charles II, chap. 11. Le mandat de main-forte avait probablement alors la forme qu'il a aujourd'hui. D'après la formulation de cette disposition, il semble qu'il s'agissait déjà d'un mécanisme connu et en usage. Quant à savoir s'il avait exactement la même forme que de nos jours, cela n'a pas été prouvé[9].

Sauf tout le respect qui est dû au savant juge en chef, il ne s'agit pas là de l'un de ses meilleurs raisonnements. Il est vrai que les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 semblaient dire que le mandat de main-forte figurait déjà parmi les vieilles institutions du droit et n'attendait que le moment d'être remis en application. Mais alors, le fait que le mandat de main-forte existant depuis longtemps soit si parfaitement bien adapté à la Loi de 1662 tiendrait d'un hasard trop inespéré pour être convaincant. De plus, avec déférence pour le juge en chef Tenterden[10], il est douteux qu'un mandat établissant un pouvoir de perquisitionner à l'égard de biens introduits en contrebande ait pu être "ancien", puisqu'en common law, seuls les biens volés pouvaient faire l'objet de perquisitions.

En réalité, c'est par une sorte d'ellipse que la concomitance de la création du mandat de main-forte et de l'adoption de la Loi de 1662 a été escamotée dans les dispositions du paragraphe 5(2) de cette loi. Cela est d'autant plus vrai que la raison pour laquelle le mandat de main-forte avait été créé aussi récemment était loin d'être évidente. Par ailleurs, bien qu'elle paraisse révélatrice au premier abord, l'opinion dans laquelle, en 1768, le procureur général De Grey dit du mandat de main-forte qu'il était "fondé sur le common law" (comme en font également foi les premières formulations latines du mandat de main-forte), est tout aussi déconcertante. Il eût été souhaitable que De Grey se fût exprimé en termes plus clairs. Il tentait en fait de faire valoir une doctrine assez obscure de common law, que Coke a explicitée de la façon suivante dans son Third Institute:

[TRADUCTION]

> Et il existe en droit une ressource secrète qui permet toujours de créer un bref en vue de

> l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi[11].

Reste la question de savoir comment, en pratique, cette "ressource secrète du droit" a pu servir de fondement au mandat de main-forte en matière de douane.

Pour une grande part, la réponse est évidente. En effet, il est clair d'après les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, que le mandat de main-forte a été conçu en vue de "l'application plus efficace" de ces dispositions qui créaient le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer des perquisitions. Mais il y a plus. Selon l'opinion de De Grey, la "désobéissance au mandat" constituait un "outrage au tribunal". Or la désobéissance au mandat qui, on s'en souviendra, ordonnait à tous les sujets de prêter main-forte au douanier, ne pouvait consister que dans le fait pour un de ceux-ci de refuser ou de négliger de prêter main-forte. Pourtant, on ne trouve rien à cet effet dans les dispositions du paragraphe 5(2), lesquelles ne faisaient qu'établir le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition, de même que les conditions entourant l'exercice de ce pouvoir. Quant à "la force et l'effet de la loi" qui étaient à la base de l'ordre de prêter main-forte, c'est-à-dire à la base du mandat lui-même, il faut se référer à d'autres dispositions de la Loi de 1662. Ce sont celles de l'article 32, qui placent le mandat de main-forte dans son contexte véritable:

> [TRADUCTION]
>
> Et il est en outre édicté et ordonné que tous les officiers de l'Amirauté, les capitaines et les commandants de navires, de forts, de châteaux et de blockhaus, de même que tous les juges de paix, les maires, les shérifs, les baillis, les constables et les chefs de bourgs, ainsi que tous les officiers, ministres et sujets de Sa Majesté le Roi, prêtent main-forte à toutes les personnes qui sont nommées par Sa Majesté pour administrer les douanes, aux préposés des douanes de Sa Majesté et à leurs adjoints respectifs, pour l'exécution de toutes les tâches requises par la présente Loi (...)

Ces dispositions constituent le support législatif nécessaire à la mise en application de cette doctrine de common law, la "ressource secrète du droit" de Coke, qui a donné naissance au mandat de main-forte.

À ce sujet, les commentaires de Maitland sont particulièrement pertinents: [TRADUCTION] "Le fait qu'un mandat fût rédigé et revêtu du sceau ne suffisait pas à porter atteinte aux droits de quiconque (...) le mandat devait en outre franchir la barrière des tribunaux qui, éventuellement, pouvaient l'annuler s'il était illégal ou contraire à la tradition[12]". Ainsi, sans les dispositions de l'article 32 précité, même s'il avait été revêtu du sceau de la Cour de l'Échiquier, conformément aux dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, le mandat enjoignant aux citoyens de prêter main-forte aux préposés des douanes n'aurait été rien d'autre qu'un spécimen particulièrement raffiné de calligraphie provenant du registraire du roi. Ce mandat, aussi impressionnant fût-il, n'aurait par été conforme à la doctrine de common law sur laquelle il était basé et aucun tribunal ne se serait permis d'en imposer le respect.

5. LA JURIDICTION DE LA COUR DE L'ÉCHIQUIER

Selon les dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662, qui instituaient l'usage du mandat de main-forte en matière de douane, celui-ci devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté".

Normalement, les brefs créés en vertu de la "ressource secrète du droit" de Coke auraient dû être délivrés sous le grand sceau par la chancellerie. Par conséquent, les dispositions du paragraphe 5(2) se trouvaient à imposer une dérogation à cette règle dans le cas du mandat de main-forte. L'ordre général de prêter main-forte énoncé à l'article 32 de la Loi de 1662 aurait pu servir de fondement à un bref délivré sous le grand sceau ou sous n'importe quel sceau reconnu. Cependant, seul un bref délivré sous le sceau de l'Échiquier pouvait servir les fins du paragraphe 5(2) qui établissait le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'effectuer des perquisitions.

Ce principe pourrait s'expliquer par l'existence d'un lien traditionnel et presque organique entre les douanes et l'Échiquier et la Cour de l'Échiquier. En effet, c'est cette dernière qui autorisait les saisies en matière de

douane, qui connaissait des poursuites dirigées contre les préposés des douanes et ainsi de suite. Il a donc pu sembler tout à fait naturel que le pouvoir de délivrer ce nouvel instrument destiné à faciliter l'application de la législation douanière soit attribué à la Cour de l'Échiquier.

Cependant, une autre solution semble encore plus plausible. En effet, il est probable qu'on ait prescrit la délivrance du mandat de main-forte sous le sceau de la Cour de l'Échiquier et exclu ainsi l'applicabilité du grand sceau (qui, en l'absence de dispositions contraires, aurait été applicable et, éventuellement, à l'exclusion de tout autre sceau) à cause de la portée territoriale limitée du grand sceau. En effet, les brefs délivrés sous le grand sceau n'avaient aucun effet au pays de Galles, ni dans les autres régions de l'Angleterre qui étaient, tant sur le plan juridictionnel que sur le plan géographique, éloignées de Westminster, et qu'on appelait comtés palatins. En revanche, les brefs délivrés sous le sceau de la Cour de l'Échiquier avaient cours partout au pays. Il est douteux qu'on n'ait pas tenu compte d'un tel avantage lors de la rédaction du paragraphe 5(2) de la Loi.

Soit dit en passant, le sceau de la Cour de l'Échiquier avait lui-même ses limites territoriales d'application. En fait, et comme nous le verrons plus tard, le fait qu'il fût inopérant dans les colonies eut un effet important sur l'introduction en Amérique du Nord britannique du mécanisme de perquisitions effectuées sous l'autorité d'un mandat de main-forte. Mais en 1662, ce problème ne se posait pas encore.

6. LES RACINES DU MANDAT DE MAIN-FORTE

William Pitt, qu'on appelait aussi le Premier Pitt, affirmait ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Dans sa demeure, le plus misérable des hommes peut s'opposer à tous les pouvoirs de la Couronne. Sa maison peut être chancelante, son toit peut être fragile, le vent peut la traverser, la tempête peut la secouer, la pluie peut s'y infiltrer, mais le roi d'Angleterre ne peut

> pas y pénétrer; même avec tout son pouvoir, le roi n'oserait pas franchir le seuil de la plus humble masure[13].

Bien que formulé dans un style assez ampoulé, le sens de cette affirmation demeure juste. La profonde aversion des Anglais envers les violations du domicile est une tradition solide en common law qui a alimenté les doctrines libertaires du XVIIIe siècle. Elle est probablement liée à la vieille préoccupation du common law qu'est le maintien de la paix. En effet, rien n'est plus susceptible d'engendrer la violence que les atteintes à la maison et à la famille d'un homme.

Pour une raison ou pour une autre (peut-être est-ce le souvenir des méthodes brutales employées par les majors généraux de Cromwell), les années 1660 semblent avoir été marquées par une période de vive exaspération à l'égard des visites domiciliaires inopportunes par les représentants de l'État. À ce sujet les preuves ne manquent pas, la plus convaincante étant une proclamation royale de 1661, dans laquelle le roi alla pour ainsi dire jusqu'à présenter au peuple des excuses pour les nombreux soldats qui, à la recherche d'armes, s'étaient introduits dans les maisons de citoyens soupçonnés d'être républicains (en effet, tout le monde n'était pas en faveur de la restauration). À l'avenir, disait la proclamation, de telles perquisitions ne pourraient avoir lieu que sous l'autorité d'un mandat en bonne et due forme. À cela s'ajoutait une autre promesse: le mandat [TRADUCTION] "serait adressé à un constable quelconque ou à un autre officier de justice connu[14]". Dans ce cas, le principe n'est pas difficile à comprendre. Si l'ordre d'ouvrir était donné par une personne que l'occupant était susceptible de reconnaître, comme le constable local, il était probable que l'occupant opposerait moins de résistance. Il verrait bien que l'ordre était légitime et qu'il ne s'agissait pas d'un imposteur tentant de s'introduire chez lui par la ruse.

Ce même principe fut repris dans les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, aux termes desquelles le douanier qui agissait en vertu d'un mandat de main-forte devait être accompagné par "un constable (...) ou autre officier public résidant près de l'endroit en question", c'est-à-dire celui qui travaillait dans les environs, en quelque sorte. En effet, on ne pouvait raisonnablement prévoir que le douanier serait reconnu comme tel à première vue. Le visage familier de l'agent de la paix local qui

l'accompagnait avait donc pour but de rassurer le citoyen. [TRADUCTION] "Conformément à l'esprit de toutes les lois fiscales, l'officier qui accompagne le douanier doit être un officier local, afin que le sujet ne soit pas indûment effrayé en voyant sa maison envahie... par de purs étrangers." C'est le commentaire que fit le juge Blackstone (celui qui écrivit les Commentaries), lorsqu'il passa en revue[15], longtemps après, les dispositions législatives analogues au paragraphe 5(2).

C'était une chose d'imposer, comme le faisait la Loi de 1662, aux constables et autres officiers l'obligation d'aider le douanier et de lui prêter main-forte (et éventuellement, aux termes de l'article 32, [TRADUCTION] "le défendre et veiller à ce qu'il ne lui soit fait aucun mal", au cas où l'opération avorterait et prendrait un caractère délictuel). C'en était une autre, en pratique, de convaincre le constable qui travaillait de façon sporadique et n'était pas rémunéré, de mettre de côté ses occupations habituelles, à la ferme ou ailleurs, et de suivre le douanier et ce, même si ce dernier avait en sa possession une copie du texte de la Loi: en effet, plus souvent qu'autrement, le constable était illettré. Mais dans le cas du mandat de main-forte, le problème était différent. Le mandat n'était certes pas plus lisible pour le constable, évidemment. Au contraire, seul un expert aurait été à même de déchiffrer cette écriture maniérée et ce latin quelque peu défiguré (en effet, les rédacteurs de ces documents se souciaient généralement assez peu des déclinaisons) qui était à toutes fins utiles incompréhensible. En fait, à en juger par son contenu réel, le mandat de main-forte n'avait, dans sa forme première, guère d'utilité pratique. Mais en dehors de la calligraphie sibylline et du latin tronqué, la richesse du papier-parchemin, le portrait du souverain et l'énorme sceau qui pendait au document avaient un effet certain. Ce n'est pas tant par son texte que par son seul impact visuel que le mandat de main-forte constituait "une notification de l'identité du détenteur" (selon les termes du procureur général De Grey)[16]. Accrédité d'une façon aussi solennelle, le détenteur du mandat ne manquait pas d'imposer le respect. Aussi, un constable aurait-il fait preuve d'une grande témérité en ne se fiant pas à la parole du douanier pour ce qui est du contenu du mandat.

La même chose se produisait à l'égard du propriétaire des lieux qui faisaient l'objet d'une perquisition, pour qui, toujours selon les termes du procureur général De Grey, le mandat constituait une "sauvegarde" contre les impos-

teurs. Dans cette optique, on peut soutenir que le mandat de main-forte signifiait pour lui (comme pour tous les autres sujets) l'obligation de laisser entrer le préposé des douanes, afin de faciliter l'accomplissement des fonctions de celui-ci. Par conséquent, si on lui donnait l'impression que le somptueux document qu'exhibait le préposé des douanes était une sorte de mandat de perquisition général, dans un sens, le mensonge n'était que partiel.

En 1731, on adopta une loi[17] qui mit fin à l'emploi du latin et de la calligraphie de la chancellerie dans le cas de documents comme le mandat de main-forte en matière de douane. Ceux-ci devaient désormais être rédigés en anglais lisible. Néanmoins, comme le montre le modèle de mandat en usage sous George II, et reproduit à l'Annexe A, d'après l'apparence du mandat de main-forte, celui-ci visait encore bien plus à intimider la personne visée qu'à être lu et compris par elle. Ainsi, il était peu probable qu'une personne, quoique parfaitement capable de lire, s'astreigne à la tâche fastidieuse de comprendre le sens précis de ce texte interminable qui ne contenait pour ainsi dire aucune ponctuation; à telle enseigne que même lorsque le mandat de main-forte prit une forme plus moderne, nombreux furent ceux qui, comme auparavant, continuèrent à s'en remettre aux explications du douanier quant à la signification du mandat.

7. LES CIRCONSTANCES PRÉCÉDANT L'INSTAURATION DES PERQUISITIONS EN VERTU D'UN MANDAT DE MAIN-FORTE

En dépit de son caractère innovateur, qui faisait effectivement appel à une "ressource secrète du droit", le mécanisme de perquisition douanière en vertu d'un mandat de main-forte, prévu par le Act of Frauds de 1662, reposait tout de même sur certains usages antérieurs. Ceux-ci n'avaient aucun rapport avec un texte législatif précurseur[18] datant de 1660, qui ne devait être en vigueur que pendant quelques mois, et qui autorisait la délivrance d'un mandat de perquisition en vue de la saisie de biens à l'égard desquels les droits n'avaient pas été payés. Hormis cette loi temporaire, le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 fut la première disposition législative portant sur les perquisitions en matière de douane. Même l'imposante loi sur la perception des droits de douane[19] adoptée sous Elizabeth I était silencieuse sur ce point. Toutefois, cela ne signifie pas que jusqu'à la restauration, on n'a pas eu recours aux perquisitions douanières afin de percevoir les droits de douane relatifs aux biens introduits en contre-

bande. En fait, il est fort peu probable que les souverains de la dynastie des Tudor, qui tenaient très fermement les rênes du pouvoir, ou même les premiers Stuart, eux-mêmes assez énergiques en ce qui avait trait aux mesures d'exécution, se soient fait faute d'utiliser une technique de perception des droits de douane aussi efficace que les perquisitions.

Les archives qui existent encore de nos jours, notamment les volumes publiés des Acts of the Privy Council, montrent très clairement comment, à cette époque, étaient organisées les perquisitions effectuées dans l'intérêt de l'État. Parmi les plus utiles de ces documents figure un "mandat en blanc[20]" datant de 1629, année marquée par des manifestations tapageuses à l'encontre des exactions de Charles I en matière de "tonnage et de pondage" (gabelle frappant les marchandises selon leur poids). Dans le mandat en question, le Conseil commença par faire des semonces à l'égard des chargements introduits en fraude des droits de douane, et à l'endroit de [TRADUCTION] "nombreuses personnes indisciplinées qui fréquentent les quais" et qui harcèlent les préposés des douanes. À l'avenir, les préposés des douanes bénéficieraient de l'appui d'hommes de confiance appelés messagers du roi, en vue de [TRADUCTION] "prendre et garder en leur possession tous les biens à l'égard desquels les droits n'ont pas été acquittés". On y prévoyait aussi le pouvoir d'effectuer des perquisitions:

> [TRADUCTION]
>
> Il est en outre ordonné que lorsqu'un messager est informé que de tels biens ont été (...) introduits ou emmagasinés sans que tous les droits susmentionnés aient été acquittés, il pourra monter sur tout navire, cotre, gabarre, bateau ou autre vaisseau, et pénétrer dans tout magasin, maison, entrepôt, cellier, grenier ou autre endroit, pour y chercher, en faisant preuve de diligence, dans toute malle, coffre, placard ou cale de toute nature, de tels biens destinés à être expédiés hors du royaume ou à y être introduits, à l'égard desquels les droits susmentionnés n'ont pas été payés, de saisir, confisquer, et emporter les biens ainsi trouvés, aux entrepôts de Sa Majesté, et les conserver (...)

Il s'agit ici d'une allusion directe aux pouvoirs repris par la Loi de 1662, de pénétrer dans "toute maison, magasin,

cave, entrepôt, pièce ou autre endroit", et d'ouvrir par la force tout "coffre, malle ou autre contenant".

Puis, à la fin du "mandat en blanc" de 1629, on retrouve le passage suivant:

> [TRADUCTION]
>
> Les shérifs de Londres et tous les autres officiers et loyaux sujets de Sa Majesté doivent aider les officiers et les messagers susmentionnés et leur prêter main-forte, en tout lieu où l'occasion s'en présente, dans toute partie des colonies de Sa Majesté, à défaut de quoi ils auront à répondre de leur conduite.

Cet ordre universel d'aider et de prêter main-forte n'avait rien d'exceptionnel en soi. On retrouvait couramment, dans les décrets du gouvernement, des "clauses d'assistance" comme en fait foi le mandat de 1629. Beaucoup plus frappante est la similitude de contexte et de but qui existe entre ce mandat et le mécanisme de perquisition en matière de douane qui devait être établi une trentaine d'années plus tard par le Act of Frauds de 1662.

8. REMISE EN QUESTION SUR LE PLAN CONSTITUTIONNEL

Les dispositions législatives qui datent de la restauration et qui concernent le pouvoir de pénétrer dans un endroit privé et d'y procéder à des perquisitions (on retrouve de telles dispositions dans de nombreux contextes, en dehors de la perception des droits de douane) témoignent d'un changement extrêmement important sur le plan constitutionnel.

Les pouvoirs comme ceux que conférait le "mandat en blanc" délivré par le Conseil privé en 1629, étaient désormais chose du passé. Ils n'avaient pas été abolis officiellement mais n'étaient plus sanctionnés par aucune autorité judiciaire. En définitive, l'autorité publique est illusoire s'il n'existe pas un tribunal pour punir la résistance à cette autorité. Ainsi les instruments utilisés au cours des années 1660, tel le mandat de 1629, n'étaient en somme que des documents de caractère bureaucratique. En 1641, la Chambre étoilée et les autres tribunaux qui jusqu'alors avaient servi à sanctionner la volonté du roi ou de l'État, avaient été supprimés par le Parlement. À toutes

fins utiles (du moins en matière d'ordre public), il ne restait plus que les tribunaux de common law, pour lesquels la seule autorité législative était le Parlement.

Par ailleurs, il n'aurait su être question, lorsque le monarchie fut rétablie en 1660, de passer outre à la réforme de 1641. En effet, puisqu'elle avait été dûment mise en oeuvre par un Parlement dont la légalité était indiscutable, cette réforme ne faisait pas partie des séquelles de l'interrègne, lesquelles devaient mourir de leur belle mort lors de la restauration. Si le résultat des guerres civiles avait été différent, la Loi de 1641 aurait bien pu être abrogée, et les tribunaux du Conseil privé rétablis. Mais si heureux que fussent les parlementaires de voir un roi monter à nouveau sur le trône en 1660, il n'était pas question pour eux de renoncer au monopole législatif qu'ils avaient acquis dix-neuf ans auparavant.

Ainsi, à partir de la restauration, il fallait absolument, pour que les tribunaux de common law puissent sanctionner l'exercice du pouvoir de perquisition des douaniers, pouvoir qui n'était pas prévu par le common law, que le Parlement légifère à cet effet.

9. L'INFLUENCE DU COMMON LAW SUR LA LOI DE 1662

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'absence de règles de common law concernant les perquisitions en matière de douane ne signifie pas pour autant que les lois adoptées à partir de 1660 ont été tirées du néant. L'insistance qu'on a mise, au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, sur la nécessité pour le préposé des douanes d'être accompagné par un agent de la paix local tire sa source d'une vieille préoccupation à l'égard de l'ingérence dans la vie privée des gens, qui pouvait éventuellement provoquer des réactions violentes et menacer l'ordre public. Mais il y a plus. En fait, on pourrait dire sans vraiment exagérer, que dans les dispositions du paragraphe 5(2), les marques de l'influence du common law sont très nettes. En voici à nouveau le libellé:

> [TRADUCTION]
>
> Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre

> officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient, interdits ou introduits en contrebande, de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu.

C'est dans les passages soulignés que l'on retrouve les marques de l'influence du common law.

Commençons par le dernier de ces passages. Depuis le moyen âge, époque où les propriétaires terriens avaient eu tendance à recourir à des méthodes d'appropriation assez vigoureuses, les tribunaux de common law, soit par souci d'obéissance envers les lois, ou de leur propre initiative, avaient réprouvé avec fermeté l'introduction par la force dans les propriétés privées. Bien sûr, il existait des cas où le common law permettait l'usage de la force dans l'exercice d'un droit légitime de pénétrer dans un lieu, mais ces cas étaient peu nombreux et les conditions rigoureuses qui les entouraient laissaient peu de place aux abus. Il est impossible que le rédacteur du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 ait présumé que les tribunaux feraient preuve d'une plus grande souplesse à l'égard d'une disposition législative qui n'aurait permis que d'entrer dans un lieu. Si cette disposition n'avait contenu aucune mention concernant l'usage de la force, elle aurait vraisemblablement été interprétée comme ne permettant que l'entrée paisible. Certes, on ne pouvait s'attendre à ce que le pouvoir de pénétrer dans un lieu pour y chercher des biens de contrebande soit efficace s'il ne pouvait être exercé que lorsque la personne visée par les perquisitions consentait à celle-ci. Cependant, on aura remarqué que l'autorisation expresse d'employer la force, qui a dû être ajoutée aux dispositions du paragraphe 5(2), n'était pas absolue. En effet, l'emploi de la force n'était permis qu'"en cas de résistance". Et même dans ce cas, le droit d'employer la force était limité. Une fois dans l'immeuble, le préposé des douanes était autorisé, afin de vaincre la résistance qu'on lui opposait, à forcer "toute porte, coffre, malle ou autre contenant", c'est-à-dire pratiquement tout ce qui se trouvait en travers de son chemin, mais s'il employait la force pour pénétrer dans l'immeuble, en admettant qu'il fût

fondé à le faire, il ne pouvait entrer que par la porte, et non par une fenêtre ou une autre ouverture. On a donc fait preuve d'une grande circonspection, au paragraphe 5(2), lorsqu'il s'est agi de déroger à la position traditionnelle qui condamnait l'introduction par la force dans un endroit privé.

Ce n'est pas le cas du passage général et nullement nuancé où il est dit que le mandat de main-forte peut être décerné à "toute personne". Pourtant, cela allait tout à fait à l'encontre de la ligne de pensée juridique de l'époque. Selon la proclamation de 1661 (citée à la page 17), les mandats de perquisition dont il était question ne devaient pas être décernés à n'importe qui, mais bien "à un constable quelconque ou à un autre officier de justice connu". Est encore plus révélateur le fait que ce principe ait été repris par une des sommités du common law de l'époque (et de tous les temps, soit dit en passant), Sir Matthew Hale. Dans son ouvrage intitulé History of the Pleas of the Crown, Hale a examiné de façon assez détaillée les règles du common law concernant le pouvoir de pénétrer dans un endroit privé et surtout, le mandat de perquisition de common law en matière de biens volés. À ce sujet, il écrivit ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Ils devraient être adressés aux constables et autres officiers publics, dont les activités sont régies par la loi, et non aux simples particuliers (...)[21]

Puisque c'est là la position qu'avaient adoptée les principaux conseillers du royaume, une loi qui conférait le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de procéder à des perquisitions sans toutefois indiquer par qui ce pouvoir pouvait être exercé risquait fort d'être interprétée de la même façon que si elle n'avait pas prévu expressément l'emploi de la force, c'est-à-dire d'être interprétée d'une façon beaucoup plus rigoureuse que ne l'avait prévu le législateur, de façon à restreindre l'exercice de ce pouvoir aux personnes qui pouvaient être visées par le terme "officier public". En fait, le problème était que les personnes qui devaient avoir les pouvoirs nécessaires pour effectuer des perquisitions à l'égard de biens de contrebande, c'est-à-dire les employés ordinaires du bureau des douanes, pouvaient difficilement, dans plusieurs cas, être considérées comme des "officiers publics". La question

était d'autant plus délicate qu'en 1661, la perception des droits de douane avait été "affermée", système par lequel le Roi avait cédé à des particuliers des reçus concernant des droits de douane futurs, en échange d'avances d'argent liquide. Travaillant ainsi pour les fermiers adjudicataires, les douaniers n'avaient d'autre statut que celui de simple particulier. En énonçant que "toute personne" pouvait procéder à des perquisitions si elle y était autorisée, les dispositions du paragraphe 5(2) faisaient en sorte qu'une telle personne puisse exécuter ses fonctions et ce, même si elle n'avait pas le statut d'officier public.

À première vue, la dérogation des dispositions du paragraphe 5(2) aux préceptes du common law semble plus radicale dans ce dernier cas que dans celui du pouvoir d'employer la force, lequel était minutieusement délimité. En réalité, cependant, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte ne pouvaient être effectuées par n'importe qui. Une autre disposition du Act of Frauds entrait également en jeu. Aux termes de l'article 15 de cette Loi, le droit de procéder à la saisie de biens susceptibles de confiscation (droit qui, en common law, appartenait à quiconque consentait à assumer la responsabilité de voir la saisie cassée par un tribunal) était réservé aux personnes dont les activités étaient directement liées à l'application de la législation douanière. Bien entendu, cela signifiait en pratique que le pouvoir prévu au paragraphe 5(2), qui visait à rendre possible la saisie de biens de contrebande, était réservé aux douaniers[22].

Le dernier passage du paragraphe 5(2) qui mérite notre attention à ce point de vue est celui où il était prescrit que les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte devaient avoir lieu "de jour". Dans ce cas, ce n'est pas tant que la Loi dépassait la position probable du common law et s'en éloignait, mais plutôt qu'elle établissait la position que les juristes préconisaient mais qui n'avait pas encore été sanctionnée par la doctrine. Voici un autre extrait du History of the Pleas of the Crown de Hale, portant sur le mandat de perquisition de common law en matière de biens volés:

> [TRADUCTION]
>
> Il est opportun que de tels mandats énoncent que les perquisitions doivent avoir lieu de jour, et bien que je n'affirme pas que l'absence d'une telle restriction rende le mandat illégal, cette

> absence suscite de nombreuses difficultés car d'une part, à plusieurs reprises, des vols et des cambriolages ont été commis sous le couvert de prétendues perquisitions effectuées la nuit, et d'autre part, les perquisitions de nuit sont au mieux une source de sérieux dérangements[23].

Ainsi, en limitant l'exercice du pouvoir de perquisitionner aux heures du jour, les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 témoignaient à nouveau du souci de prévenir le désordre que suscite la violation de l'intimité du foyer.

10. LE LÉGISLATEUR

Ce n'est probablement pas par accident que les diverses considérations que le juriste le plus éminent de l'époque a fait valoir en matière de perquisition à l'égard de biens volés ont influencé la rédaction de la législation adoptée durant la restauration, concernant les perquisitions à l'égard de biens de contrebande. Par ailleurs, il n'est pas possible non plus que le rédacteur des dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 ait pris exemple sur le History of the Pleas of the Crown de Sir Matthew Hale, puisque cet ouvrage ne fut publié qu'en 1736. On incline plutôt à penser que Hale a participé personnellement à la rédaction de ces dispositions. Comme nous l'avons vu, le mandat de main-forte prévu au paragraphe 5(2) devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Il est tout simplement impossible que cette prescription ait été intégrée à la Loi sans que la baron en chef de l'Échiquier en ait eu connaissance (en effet, ce n'est que sous l'autorité de ce dernier que le sceau de l'Échiquier aurait pu être apposé au mandat). Or en 1662, le baron en chef était justement Sir Matthew Hale.

De toute évidence, seul un homme bien de son temps et ayant suffisamment confiance dans son érudition pour déterrer et effectivement mettre à contribution la "ressource secrète du droit" de Coke a pu concevoir les dispositions de la Loi de 1662 concernant les perquisitions douanières, dispositions qui, par ailleurs, reflètent bien la façon dont ces perquisitions étaient effectuées sous l'ancien régime constitutionnel, où le pouvoir exécutif prédominait, et qui n'a pas survécu à la chute de la Chambre étoilée et des autres tribunaux participant du Conseil privé. Les ouvrages de Hale sont extrêmement fouillés sur le plan historique, ce

qui a fait dire à un éminent historien du droit du XXe siècle en Angleterre, qu'il était [TRADUCTION] "un historien du droit de premier ordre[24]". Par ailleurs, il est plus que probable que Hale connut bien la doctrine qui a rendu possible l'introduction du mandat de main-forte en matière douanière. De nos jours, on peut trouver à la British Library d'Angleterre, un exemplaire de La Novel Natura Brevium de Fitzherbert ayant, au dire de cette illustre institution, appartenu à Sir Matthew Hale. Des feuilles de papier portant des commentaires manuscrits ont été glissées entre les pages du livre en question. En regard d'une page où figure un bref relatif au Statute of Northampton de 1328, et d'une écriture facilement identifiable si on la compare aux documents de Hale qui se trouvent au Lincoln's Inn, on retrouve une citation de la "ressource secrète du droit" de Coke avec le commentaire suivant: "ceo brev. ft. frame gr... selong le effect d'Act". Ainsi, non seulement Hale connaissait la doctrine par laquelle le common law sanctionnait la création de brefs en vue de l'application plus efficace des lois à caractère public, mais il a pris soin de s'assurer qu'il ne s'agissait pas tout simplement d'une invention de Coke (qui avait la réputation d'être assez innovateur).

Parmi les ouvrages de Hale figure un traité sur les douanes[25]. Malheureusement, celui-ci ne contient aucune mention des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, et par conséquent, n'apporte aucune preuve concrète ou directe concernant la façon dont ce mécanisme extrêmement particulier du droit des douanes a été conçu. Il n'en demeure pas moins que l'hypothèse selon laquelle le rôle qu'il a joué fut très important est presque indéniable.

PARTIE II

LES TRAQUENARDS DE LA LÉGISLATION

1. LA PORTÉE DES DISPOSITIONS DE LA LOI DE 1662

Afin de bien comprendre l'histoire de la législation concernant les perquisitions en matière de douane, aussi bien dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord qu'en Angleterre, il convient de souligner l'importance des termes utilisés au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 pour définir l'objet des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte: "tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande".

La construction de ce membre de phrase est assez cahotique. Elle donne l'impression que le rédacteur s'est rendu compte que le pouvoir conféré par cette disposition ne pouvait s'appliquer littéralement à "tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient", et qu'il a, après coup, ajouté le qualificatif "interdits et introduits en contrebande". Toutefois, le qualificatif lui-même est beaucoup plus important que cette maladresse sans conséquence. Selon une interprétation stricte, et même selon le sens ordinaire de ces mots, les seuls biens qui pouvaient faire légalement l'objet d'une perquisition en vertu des dispositions du paragraphe 5(2) (c'est-à-dire sous l'autorité d'un mandat de main-forte et avec l'aide d'un agent de la paix local) étaient ceux qui étaient visés, non pas par un des deux types d'infraction prévus, mais par les deux. Cela fut lourd de conséquences.

Il va sans dire que si des biens assujettis aux droits de douane n'avaient pas été soumis au processus de contrôle approprié, ils avaient, de ce fait, été introduits en contrebande. Cependant, on ne pouvait les qualifier d'interdits à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une prohibition, ce qui en somme avait peu de rapports avec l'acquittement des droits à l'importation ou à l'exportation. Ainsi, la réunion de ces deux critères n'allait pas vraiment de soi. Certes, il existait des prohibitions concernant le commerce d'outre-mer, qui étaient liées soit à la nature de certaines catégories de biens, soit aux conditions de transport (notamment en ce qui avait trait au système impérial de réglementation du transport maritime et du commerce), mais les biens qui faisaient l'objet de prohibi-

tions étaient peu nombreux comparativement à ceux qui étaient assujettis aux droits de douane, c'est-à-dire la presque totalité.

Ainsi, l'emploi de cette formule dans les dispositions du paragraphe 5(2) réduisit considérablement la portée du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte.

2. LES EFFETS SUR LA LÉGISLATION ULTÉRIEURE

La double exigence prévue au paragraphe 5(2) de la Loi de 1662, selon laquelle les biens, faisant l'objet d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, devaient être et interdits et introduits en contrebande, a causé de nombreuses difficultés lors de la rédaction des lois ultérieures (comme par exemple en 1696, lorsqu'un système de perception de droits de douane de type britannique fut établi en Amérique du Nord). Comme nous le verrons clairement plus loin, la tâche des rédacteurs subséquents aurait été beaucoup plus simple et le fruit de leurs efforts, beaucoup plus satisfaisant, si le libellé original du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte avait été "interdits <u>ou</u> introduits en contrebande" plutôt que "interdits <u>et</u> introduits en contrebande". Par ailleurs, il n'est pas possible de prétendre que la conjonction "et" a été employée dans un sens disjonctif, puisque ailleurs dans la Loi de 1662, surtout en matière de perquisitions à bord des navires, on a effectivement employé la conjonction disjonctive "ou", dans "interdits ou introduits en contrebande".

Le libellé du paragraphe 5(2) constitue par ailleurs un modèle de rédaction réfléchie, voire raffinée (comme en témoigne l'utilisation intelligente de la "ressource secrète du droit" de Coke). De plus, ce qui est encore plus révélateur, cette disposition a été soumise à l'examen rigoureux d'un juriste aussi éminent que Sir Matthew Hale qui l'a peut-être conçue lui-même. Il serait donc illogique qu'on ait commis une erreur aussi grossière que de dire "interdits et introduits en contrebande" alors qu'on voulait dire "interdits ou introduits en contrebande".

Il est donc peu probable que ce soit par simple inadvertance que le mécanisme de perquisition en vertu d'un andat de main-forte n'a pu être utilisé dans le cas de la simple application des lois douanières. Les circonstances

historiques semblent fournir une explication. En 1662, on s'en souviendra, la perception des droits de douane avait été affermée. Par conséquent, en tant que source de revenu, c'est aux fermiers adjudicataires que profitait la mise en application des mesures destinées à réprimer la contrebande. Étant donné les préoccupations de l'époque[26] et les valeurs établies par la tradition, il est impensable que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de procéder à une perquisition ait pu servir un intérêt purement privé, a fortiori dans le cas d'un pouvoir aussi étendu que celui du paragraphe 5(2) (en effet, il n'était pas nécessaire de démontrer au préalable l'existence de motifs suffisants). La formule "interdits et introduits en contrebande" servait à empêcher cela, puisque c'était toujours pour la protection de l'intérêt public que l'importation ou l'exportation de certains biens était frappée d'une prohibition. Du moins était-ce un obstacle en théorie. Il se peut bien qu'il en ait été autrement de la pratique.

3. LE SIGNAL D'ALARME

Nous avons fait mention, à la page 19, d'un texte législatif concernant les perquisitions en matière douanière, qui a précédé d'environ deux ans la Loi de 1662 relative au mandat de main-forte. Il s'agit du Act to prevent Frauds and Concealments of his Majesty's Customs de 1660, qui mérite que nous nous y attardions quelque peu.

Le Loi de 1660 fut adoptée peu après qu'on ait découvert que la législation récente, qui accordait au roi un revenu provenant des douanes, ne contenait aucune disposition prévoyant, en plus de la saisie et de la confiscation des biens de contrebande, le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de rechercher ces biens. À partir de ce moment, des mandats de perquisition furent délivrés sur la foi d'une déclaration sous serment énonçant les faits qui justifiaient la délivrance du mandat. Toutefois, cela ne dura que quelques mois. En effet, la Loi concernant les mandats de perquisition en matière de douane énonçait elle-même sa date d'expiration: elle devait cesser d'être en vigueur à la fin de la première session du prochain parlement.

Plus de cent ans plus tard, faisant écho à l'intransigeance dont firent preuve les Américains à l'endroit des mandats de main-forte délivrés sous l'autorité du Revenue Act de 1767, deux procureurs généraux britanniques condamnèrent successivement la Loi de 1660 et les mandats de

perquisition qu'ils jugèrent insatisfaisants[27]. Ni l'un ni l'autre ne donnèrent les motifs sur lesquels ils s'appuyaient pour porter un tel jugement. Cependant, il n'est pas difficile d'imaginer les difficultés pratiques que le mandat a pu causer, puisqu'il ne pouvait être décerné que par le lord trésorier, un baron de l'échiquier, [TRADUCTION] "ou le magistrat en chef du port ou de l'endroit (...) ou de l'endroit le plus proche". En effet, il pouvait arriver que le juge en chef d'un comté éloigné de Londres se trouve à plus d'une journée de route de l'endroit en question, en admettant que son identité fût connue. Pourtant, ce serait faire fausse route que de croire que le mandat de main-forte remplaça le mandat prévu par la Loi de 1660. En effet, le mandat de perquisition de 1660 fut remis en application[28] en 1685, ce qui, en quelque sorte, mit en évidence le fait que depuis l'expiration de la Loi en 1662, les perquisitions relatives aux biens à l'égard desquels les droits n'avaient tout simplement pas été payés (et qui ne faisaient pas l'objet d'une prohibition) n'avaient aucun fondement législatif. Cet état de choses s'inscrit aussi dans la proposition que nous avons démontrée ci-dessus, selon laquelle le mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte introduit par les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, ne s'appliquait pas aux biens à l'égard desquels les droits de douane n'avaient tout simplement pas été payés, puisque, comme la perception des droits de douane était alors affermée, la mise en application des lois douanières avait un caractère principalement privé et sa faible importance sur le plan politique ne justifiait pas l'ingérence dans la propriété privée. Cependant, en 1685, la perception des droits de douane n'était plus affermée. En effet, depuis 1671, l'administration des douanes avait été reprise par la Couronne, par le truchement du bureau des commissaires des douanes. Par conséquent, depuis longtemps, la Couronne ne pouvait plus ne pas se soucier des fraudes douanières. Les mesures destinées à combattre les fraudes douanières, y compris les pouvoirs de pénétrer dans un lieu et de procéder à des perquisitions, étaient redevenues des questions d'intérêt public.

Pourtant, il est permis de se demander pourquoi, lorsque l'occasion se présenta en 1685 d'étendre la portée du mécanisme de perquisition en matière de douane, on s'est contenté, entre toutes les solutions possibles, de faire revivre le mécanisme maladroit et critiqué du mandat de perquisition en vertu de la Loi de 1660. Pourquoi ne pas avoir fait un travail complet, par exemple, en modifiant les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, de

façon à remplacer la formule limitative "interdits et introduits en contrebande" par la formule "interdits ou introduits en contrebande", ce qui aurait probablement suffi à viser les biens qui avaient échappé au processus de perception des droits? La réponse la plus probable semble être les exigences de la vie réelle qui, c'est bien connu, n'obéissent pas toujours aux règles.

Quelles qu'aient été, à strictement parler, les limites imposées par la loi à l'égard des perquisitions en matière de douane, cela n'implique pas nécessairement qu'en pratique, dans les ports, on respectait scrupuleusement ces limites. En fait, certaines preuves démontrent que même aux niveaux les plus élevés du gouvernement, on a mis beaucoup de temps à se rendre compte[29] du caractère très éphémère de la Loi de 1660. Par ailleurs, il semble raisonnable de penser que bon nombre de préposés des douanes et de magistrats locaux, qui s'étaient habitués à l'usage des mandats de perquisition prévus par la Loi de 1660, n'avaient pas compris qu'ils auraient dû cesser d'utiliser ces mandats dès 1662. De même, en ce qui concerne le mécanisme de perquisition douanière en vertu d'un mandat de main-forte, une interprétation stricte de la formule "interdits et introduits en contrebande" aurait pu susciter un certain embarras parmi les juristes ou aux échelons plus élevés de l'administration des douanes. Mais le préposé des douanes qui travaillait dans le port se souciait généralement assez peu des subtilités de l'interprétation des lois, et était plus susceptible de croire que le document impressionnant qu'il détenait lui permettait de procéder à toutes sortes de saisie, sans se demander si les biens qu'il saisissait faisaient l'objet d'une prohibition.

Ce contexte donne tout son sens à la décision, en 1685, de rétablir l'usage des mandats de perquisition créés par la Loi de 1660, si insatisfaisant qu'il fût, plutôt que d'élargir le critère de la Loi de 1662. En effet, les perquisitions étaient alors effectuées sur une grande échelle, au vu et au su de tous, et reposaient souvent, sinon couramment, sur des bases législatives inexistantes ou hautement douteuses. Les autorités n'étaient certes pas sans savoir que l'introduction d'une législation manifestement nouvelle en matière de perquisitions était susceptible de soulever des questions embarrassantes (et éventuellement, des contestations) concernant la légalité de toutes les perquisitions qui avaient été effectuées sous l'autorité d'un mandat ordinaire ou d'un mandat de main-forte par les préposés des douanes depuis des années. Il valait mieux

procéder par une légitimation discrète des mandats décernés sous l'autorité de la Loi de 1660 (la remise en vigueur de 1685 fut subtilement incorporée à la législation courante qui attribuait les droits de douane à Jacques II), et fermer les yeux sur l'application un peu trop large du mandat de main-forte.

La situation créée en 1685 demeurera substantiellement la même pendant de nombreuses années. Les dispositions de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition en matière de douane furent remises en vigueur à plusieurs reprises. Ce n'est qu'au cours du règne de George I que l'on prit la peine de substituer à la formule étroite et surannée "interdits et introduits en contrebande" de la Loi de 1662 concernant les mandats de main-forte, le critère plus large "interdits ou introduits en contrebande[30]". Entre temps, la confusion dans laquelle se trouvait déjà le droit concernant les perquisitions en matière de douane, avait déjà contaminé les projets relatifs à l'Amérique du Nord.

4. LA LOI DE 1696

En 1696, le Parlement adopta une Loi visant à établir, dans les colonies de l'Amérique du Nord, un régime de perception des droits de douane aussi semblable que possible à celui qui existait déjà en Angleterre, en vertu du Act of Frauds de 1662. Cette loi intitulée Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade[31] prit par la suite le nom de Act of Frauds de 1696.

L'article 6 de la Loi de 1696 était une sorte de précis portant, entre autres, sur les pouvoirs de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à des perquisitions. Les dispositions précédentes ayant énuméré les diverses lois en vertu desquelles l'importation ou l'exportation de marchandises pouvait être interdite ou soumise au paiement de droits, l'article 6 énonçait que les navires chargés ou déchargés dans un port colonial, de même que leurs commandants, étaient assujettis aux [TRADUCTION] "mêmes règles, visites, perquisitions, pénalités ou confiscations" qui étaient applicables en Angleterre en vertu du Act of Frauds de 1662. Les dispositions de l'article 6 prévoyaient en outre ce qui suit concernant les préposés des douanes dans les colonies:

[TRADUCTION]

> (ils) ont les mêmes pouvoirs et la même autorité pour visiter les navires et y procéder à des perquisitions, pour inspecter, saisir, mettre en sûreté ou apporter à terre toute partie des biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits sont payables ou auraient dû être payés, en vertu de l'une ou l'autre des Lois susmentionnées, qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre par ladite (...) Loi adoptée la quatorzième année du règne du roi Charles II, *et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens* (...)

Le passage en italique dénote clairement l'intention de conférer aux préposés des douanes d'Amérique du Nord le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer des perquisitions, une fois les biens débarqués. Pour le reste, cette disposition ne pêche pas par excès de clarté. L'impression qui s'en dégage est que le mécanisme de perquisition tant à terre qu'à bord des navires, devait être le même dans les colonies qu'en Angleterre aux termes de la Loi de 1662, mais cette impression laisse bientôt place au doute. Pour commencer, la construction syntaxique est boiteuse. En effet, il est impossible de savoir avec certitude comment les termes "et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens" s'articulent par rapport au reste du texte. Si le but visé était une réplique du pouvoir prévu par la Loi de 1662, pourquoi a-t-on restreint les perquisitions aux maisons et aux entrepôts, alors que le pouvoir conféré en 1662 s'étendait à "toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit"? Et surtout, pourquoi ne pas avoir exposé les fins recherchées en termes explicites?

Toutefois, le caractère sibyllin de cette disposition, qui a eu un effet pratique important sur l'évolution des perquisitions en matière de douane (surtout à l'égard du mandat de main-forte) en Amérique du Nord, n'est pas attribuable à l'incurie du rédacteur. Il semble plus probable qu'on ait évité délibérément d'étendre clairement aux colonies le pouvoir instauré en 1662. Il faut en effet admettre que le rédacteur de la Loi de 1696 devait faire face à un problème fort délicat. Signalons qu'il ne s'agit

pas des difficultés d'ordre secondaire qui pouvaient être résolues par des modifications mineures du libellé de la disposition. Par exemple, le problème de la juridiction conférée par la Loi de 1662 à la Cour de l'Échiquier, dont le ressort ne s'étendait pas aux colonies, pouvait facilement être réglé dans la Loi de 1696. Le problème en question était beaucoup plus grave et difficile que cela. Au centre du problème se trouvait l'élément qui avait jeté la confusion dans le droit des perquisitions en matière de douane en Angleterre, soit la funeste formule "interdits et introduits en contrebande" du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662.

Le problème auquel le rédacteur de la Loi de 1696 avait à faire face peut être présenté par contraste avec les autres dispositions de la Loi. Ainsi, les perquisitions à bord des navires ne posaient pas de difficulté. En effet, les dispositions de l'article 4 de la Loi de 1662 établissaient le pouvoir de perquisitionner à bord des navires, concernant des biens [TRADUCTION] "interdits ou introduits en contrebande". Il était donc facile, dans la Loi de 1696, de donner "les mêmes pouvoirs et la même autorité pour visiter les navires et y procéder à des perquisitions", concernant les "biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre [par la Loi de 1662]". Mais il était impossible de procéder de cette façon pour étendre l'application de la disposition de 1662 concernant les perquisitions effectuées à terre, puisque dans ce cas, il ne s'agissait plus de biens "interdits ou introduits en contrebande", mais de biens "interdits et introduits en contrebande". Comme nous l'avons vu, cette formule à deux volets était appropriée pour l'Angleterre de 1662, mais les temps avaient évolué rapidement et son insuffisance était devenue gênante, à telle enseigne qu'on avait dû déterrer le mécanisme, lui-même assez peu satisfaisant, du mandat de perquisition prévu par la Loi de 1660. De toute évidence, si la Loi de 1696 n'avait fait qu'étendre l'application des dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662 aux colonies, la formule "interdits et introduits en contrebande" aurait donné lieu aux mêmes difficultés en Amérique, quoiqu'à une échelle moindre. En revanche, il aurait été peu avisé, sur le plan politique, que la Loi de 1696 introduise dans les colonies le même pouvoir de perquisitionner qui avait été créé en 1662, mais portant cette fois sur des biens "interdits ou introduits en contrebande" plutôt que "interdits et introduits en contrebande". Il fallait en effet tenir compte de la situation en

Angleterre, où la Loi de 1662, avec sa formule "interdits et introduits en contrebande", était toujours en vigueur. Même avec le rétablissement de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition en matière de douane (et en fait, surtout à cause de cela), le droit relatif aux perquisitions en matière de douane était, en Angleterre, dans un état qu'il valait mieux passer sous silence. Il aurait été peu prudent de faire en sorte que les dispositions de la Loi de 1696 mettent en lumière les lacunes de la Loi de 1662.

L'intention délibérée qui se cache derrière la rédaction étrangement fumeuse de la Loi de 1696 peut être corroborée d'une autre façon. Ce que nous avons cité trois paragraphes plus haut n'est en fait qu'un extrait de l'article 6. L'article 6 consistait en un ensemble de dispositions, réglementaires et autres, reliées dans une seule et même phrase qui contenait plus de cinq cents mots. Le passage concernant les perquisitions se trouvait au tiers du texte dont la verbosité masquait sa construction boiteuse. On a sans doute considéré que parmi les quelques esprits tenaces qui ne seraient pas découragés à la vue de la densité de la typographie, bien peu auraient assez de persévérance pour se rendre à la fin et revenir au premier tiers du texte afin d'ergoter sur des problèmes de syntaxe. Il était également à souhaiter, dans l'intérêt du rédacteur, que les membres du Parlement, qui allaient se prononcer sur l'adoption de l'article 6, ne fussent pas doués d'une trop grande perspicacité. Car pour peu qu'on se fût mis à débattre le contenu de ce cafouillis, l'article 6 aurait bien pu ne jamais être adopté.

5. DÉNOUEMENT

Les énigmes de la législation douanière ainsi expédiées de l'autre côté de l'Atlantique mirent beaucoup de temps à faire surface. En effet, la situation demeura stable pendant plus de cinquante ans, suite à quoi, pour des raisons spécifiques à la province en question, les perquisitions en matière de douane devinrent une question brûlante dans la Baie du Massachusetts. Après une brève période de flottement au niveau de la procédure, ce qui indique clairement l'incertitude qui entourait l'interprétation des dispositions de l'article 6 du Act of Frauds de 1696, les autorités judiciaires décidèrent finalement de donner aux dispositions de l'article 6 le sens des dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, y compris les dispositions concernant le mandat de main-forte. Il ne

fait aucun doute que cette interprétation fut la cause du célèbre réquisitoire de James Otis en 1761, qui soutenait que la délivrance du mandat de main-forte devait être réglementée de façon que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y perquisitionner, comme le prévoyaient les dispositions du paragraphe 5(2), ne soit pas général mais limité à certains cas particuliers dont les circonstances spécifiques devaient être alléguées sous serment[32]. Il en va de même de la décision de la Cour supérieure du Massachusetts de maintenir les modalités d'application du mandat de main-forte comme auparavant. Par la suite, cependant, la situation périclita et démontra le caractère mal fondé de cette décision.

Selon John Adams, ce sont [TRADUCTION] "les revendications arbitraires de la Grande-Bretagne" qui déclenchèrent la fameuse controverse au Massachusetts et, en conséquence, l'amorce de la révolution américaine. Toutefois, d'un point de vue historique, il serait plus juste de dire que les autorités britanniques n'étaient pas au courant du litige entourant les mandats de main-forte et, qui plus est, n'en savaient guère plus, le conflit terminé. C'est la colonie du Connecticut plutôt que sa voisine, celle du Massachusetts, qui a fourni à Londres la première occasion d'examiner la validité des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord. Au printemps de 1766, le bureau de douane de New London éprouvait des difficultés au sujet de la contrebande et des marchands locaux. Ces difficultés étaient en partie liées aux pouvoirs des préposés des douanes de pénétrer dans des endroits privés et d'y effectuer des perquisitions. Cette question, entre autres, fut portée à l'attention des commissaires des douanes d'Angleterre, qui s'adressèrent alors au procureur général. Les commissaires expliquèrent alors la façon dont la Cour supérieure du Connecticut s'était prononcée sur la question de la délivrance des mandats de main-forte:

> (TRADUCTION)
>
> Certains doutes s'étant manifestés récemment à New London, le percepteur a demandé l'avis du procureur du roi qui lui a donné la réponse suivante: "J'ai communiqué vos documents à Newhaven, et j'ai fait part aux juges de la question des mandats de main-forte. Sans nier l'importance de cette question, ceux-ci se sont dit très embarrassés d'y répondre. En effet,

> puisqu'une loi du Parlement prévoit expressément que le mandat de main-forte doit être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, et qu'il n'existe pas ici de loi qui concerne le mandat de main-forte, les juges n'ont pas pu trancher la question[33]".

Les problèmes pratiques que posait le droit relatif aux perquisitions en matière de douane en Amérique du Nord étaient enfin parvenus en Angleterre, là où résidait toute la responsabilité de l'état du droit.

On se souviendra qu'aux termes de l'article 6 du Act of Frauds de 1696, les préposés des douanes des colonies avaient les pouvoirs suivants:

> [TRADUCTION]
>
> (...) les mêmes pouvoirs et la même autorité, pour visiter les navires et y effectuer des perquisitions (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre par ladite (...) Loi adoptée la quatorzième année du règne du roi Charles II [le Act of Frauds de 1662], et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, afin de procéder à des perquisitions (...)

Afin de renforcer le principe voulant que le mécanisme de perquisition en matière douanière fût le même de chaque côté de l'Atlantique, surtout en ce qui avait trait au mandat de main-forte, la Loi prescrivait un peu plus loin que les préposés des douanes des colonies devaient bénéficier de l'"assistance" que la Loi de 1662 accordait à leurs homologues en Angleterre. Cependant, cela n'était jamais qu'une impression. Que les règles du droit britannique concernant les perquisitions à bord des navires s'étendissent aux colonies, cela était explicite dans la Loi. Mais on pouvait croire, après réflexion, que les mots "et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts" avaient été délibérément détachés du reste de la disposition et donnaient aux préposés des douanes dans les colonies un pouvoir inconditionnel de pénétrer "dans les maisons ou les entrepôts" (mais seulement dans ces deux types d'endroit) et d'y perquisitionner, comme s'il s'agissait d'un pouvoir qui appartenait d'office aux préposés. Pourtant, d'un autre point de vue, on ne pouvait accorder un sens aussi large à ces mots. En effet, comme dans le cas des perquisitions à bord des navires, la Loi mentionnait bien qu'il s'agissait

des "mêmes pouvoirs et (de) la même autorité (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre" par la Loi de 1662.

Même si ce n'est qu'en 1766 que ces ambiguïtés du Act of Frauds de 1696 ont posé de véritables problèmes aux autorités britanniques, l'acte de nomination du préposé des douanes énumérant les pouvoirs de celui-ci ne faisait pas état de ces ambiguïtés. C'est ce qui ressort des explications que les commissaires des douanes donnèrent au procureur général:

> [TRADUCTION]
>
> La procuration accordée aux préposés des douanes en Angleterre contient la clause suivante: "il a le pouvoir de pénétrer dans tout navire, cale, bateau ou autre vaisseau, et, s'il détient un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, et qu'il soit accompagné d'un constable, d'un chef de bourg ou d'un autre officier public résidant près de l'endroit en question, de pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt ou autre endroit, afin de procéder, avec diligence, à des perquisitions, etc." mais comme il n'y a jamais eu de mandats de main-forte délivrés par la Cour de l'Échiquier d'Angleterre, qui soient à la disposition des préposés des douanes dans les plantations, les procurations accordées à ces derniers ont été rédigées de la façon suivante: "il a le pouvoir de pénétrer dans tout navire, cale, bateau ou autre vaisseau; et aussi de pénétrer dans tout magasin, maison, entrepôt, hostellerie ou autre endroit, afin de procéder, avec diligence, à des perquisitions, etc."

Autrement dit, le préposé des douanes britannique était à même d'obtenir un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, et en conséquence, sa procurationx[34] exigeait qu'il détienne un tel mandat et qu'il soit accompagné d'un agent de la paix local, afin de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à une perquisition. Mais les documents constatant la nomination des préposés des douanes dans les colonies ne contenaient aucune exigence de cette nature parce que la Cour de l'Échiquier n'avait jamais délivré de mandats de main-forte qui puissent y être utilisés (et pour cause, puisqu'elle n'avait pas la juridiction nécessaire).

Conscients du fait que l'emploi du mandat de main-forte et la présence de l'agent de la paix étaient obligatoires en Angleterre aux termes du Act of Frauds de 1662, les commissaires des douanes tentèrent de justifier le non-respect de ces prescriptions en Amérique du Nord, en alléguant que le Act of Frauds de 1696 était différent:

> [TRADUCTION]
>
> Nous avons conclu que l'usage du mandat de main-forte n'était pas requis par les dispositions de la Loi de 1696 (7 & 8 Guillaume III), puisqu'elle donne aux préposés des douanes le pouvoir suivant: "et aussi de pénétrer dans toute maison ou entrepôt afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens", sans faire allusion au mandat de main-forte, ni à la 1662 (14 Charles II), contrairement à tous les autres passages de l'article où des pouvoirs sont accordés aux préposés, ou lorsque des restrictions sont apportées à ce pouvoir de pénétrer dans les maisons, etc. Il semble donc que ce pouvoir ait été intégré dans la Loi, après le renvoi à la Loi de 1662, de façon à supprimer la nécessité du mandat de main-forte, étant donné qu'aucune cour n'avait le pouvoir de délivrer de tels mandats.

Cet argument n'est pas tout à fait satisfaisant. Indépendamment du fait que la Loi de 1696 ne fût pas aussi claire qu'on voulait bien le laisser entendre, les procurations des douaniers coloniaux, que les commissaires eux-mêmes avaient citées, accordaient aux douaniers des pouvoirs beaucoup plus larges que ne le faisait la Loi, pour ce qui est des lieux auxquels ces pouvoirs devaient censément s'appliquer. En effet, dans les procurations, il était question de "tout magasin, maison, entrepôt, hostellerie ou autre endroit[35]", alors que la Loi ne parlait que de "maisons ou entrepôts". Ainsi, la rédaction de cet exposé fut vraisemblablement pour les commissaires une tâche très délicate.

Voici le paragraphe suivant de l'exposé en question:

> [TRADUCTION]
>
> Toutefois, dans la partie suivante du même article de la Loi de 1696 (7 & 8 Guillaume III), il est prescrit qu'il doit être donné auxdits préposés, dans l'exécution de leurs fonctions, la

> même assistance qui, aux termes de la Loi de 1662 (14 Charles II, chap. 11) doit être donnée aux préposés en Angleterre. C'est en s'appuyant sur ces termes que le percepteur de Boston, en Nouvelle-Angleterre, a obtenu, quelques années plus tard, un mandat de main-forte du juge en chef de cette colonie et a par la suite pénétré dans les maisons sans qu'on lui oppose de résistance (...)

Les commissaires faisaient alors allusion à la délivrance des mandats de main-forte par la Cour supérieure du Massachusetts, qui était devenue une pratique courante dans cette province depuis la fameuse affaire de 1761. Cependant, il s'agissait d'une nouvelle volte-face pour les commissaires. En effet, immédiatement après avoir mis en doute la nécessité, dans les colonies, du mandat de main-forte pour effectuer des perquisitions en matière douanière, de même que la possibilité d'obtenir légalement de tels mandats dans les colonies, ils affirmaient tout à coup qu'en pratique, des perquisitions avaient lieu en Amérique du Nord sous l'autorité d'un mandat de main-forte, et proposaient même un fondement législatif pour la délivrance de tels mandats[36].

Par la suite, les commissaires des douanes s'employèrent à décrire l'obstination de la Cour supérieure du Connecticut, qui faisait contraste avec l'attitude de la Cour du Massachusetts, et à cristalliser le problème. Ils posèrent au procureur général William De Grey la question suivante:

> [TRADUCTION]
>
> La Loi de 1696 (7 et 8 Guillaume III) donne-t-elle aux préposés des douanes dans les colonies le pouvoir de pénétrer dans les maisons et dans les entrepôts, afin de rechercher et de saisir tout bien interdit ou introduit en contrebande, sans détenir un mandat de main-forte? Dans la négative, le mandat de main-forte doit-il être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier d'Angleterre ou par une Cour des colonies et, le cas échéant, quelle est la cour coloniale compétente?

Le 17 octobre 1766, De Grey répondit par la négative, d'une façon on ne peut plus claire:

[TRADUCTION]

> J'estime que les termes de la Loi ne permettent pas l'interprétation que contient l'exposé. En effet, les mots "et aussi de pénétrer (...)" doivent être lus conjointement avec les mots qui précèdent, "les mêmes pouvoirs et la même autorité", et doivent être interprétés de la façon suivante: [TRADUCTION] "les douaniers ont les mêmes pouvoirs et la même autorité qu'ils ont en Angleterre, pour visiter les navires, etc. et aussi pour pénétrer dans les maisons, etc." Ainsi, ces mots ne donnent qu'un pouvoir relatif et non absolu. Par ailleurs, la Cour de l'Échiquier d'Angleterre ne peut expédier de mandats dans les plantations. En revanche, il n'existe dans les plantations aucun document qui corresponde à la description de la Loi du roi Guillaume[37].

Le raisonnement est quelque peu sinueux, mais ressort quand même assez bien. Ainsi, le pouvoir de perquisitionner prévu par le Act of Frauds de 1696, à l'égard des "maisons ou entrepôts" dans les colonies, était de la même nature que le pouvoir qui existait en Angleterre en vertu du Act of Frauds de 1662, lequel était subordonné à la délivrance d'un mandat de main-forte sous le sceau de la Cour de l'Échiquier. Or les mandats délivrés sous ce sceau n'avaient aucun effet dans les colonies.

En pratique, l'opinion du procureur général De Grey signifiait que l'exercice du pouvoir de "pénétrer dans les maisons ou les entrepôts" que la Loi de 1696 conférait aux préposés des douanes dépendait d'une condition impossible. Il est alors permis de se demander si De Grey a eu raison d'interpréter la Loi de façon à lui enlever tout effet. Comment, en effet, pouvait-il justifier cette interprétation, eu égard au vieil adage de common law qui avait été repris dans l'affaire Heydon[38], et selon lequel les lois du Parlement devraient être interprétées de façon à [TRADUCTION] "supprimer les méfaits et favoriser les recours (...) conformément à la véritable intention du législateur, et pour le bien public"? Pourtant, le conseiller juridique en chef de la Couronne en arrivait lui-même à la conclusion que par sa rédaction astucieuse, qui était la conséquence d'une formulation malencontreuse dans la Loi fondamentale de 1662 ("interdits et introduits en contrebande") et des circonstances difficiles qui empêchaient l'élaboration d'une meilleure solution, la Loi de 1696 s'était prise à son propre piège. Le texte législatif qui fut adopté par la suite eut un résultat encore plus déplorable.

PARTIE III

INTRODUCTION EN AMÉRIQUE DU NORD

1. LES CIRCONSTANCES PRÉCÉDANT L'ADOPTION DES TOWNSHEND ACTS[39]

Le Revenue Act de 1767 fait partie d'une législation due à l'initiative de Charles Townshend, alors chancelier de l'Échiquier, qui visait à remanier le système de douane en Amérique du Nord. Les dispositions de l'article 10 du Revenue Act marquent le début des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte au Canada. Elles tirent leur origine de l'opinion émise par le procureur général De Grey en octobre 1766, et selon laquelle les dispositions du Act of Frauds de 1696 étaient inopérantes parce qu'il y était question d'un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier d'Angleterre, dont la juridiction ne s'étendait pas aux colonies. Cependant, la réforme ne se fit pas du jour au lendemain.

Lorsqu'ils transmirent l'opinion de De Grey à leurs supérieurs de la Trésorerie le 31 octobre 1766, les commissaires des douanes britanniques se dirent d'avis, et cela était prévisible, qu'il était [TRADUCTION] "souhaitable que le Parlement intervienne afin d'accorder aux douaniers d'Amérique les pouvoirs appropriés". Cependant, un événement inattendu se produisit. La Trésorerie n'avait pas encore fait connaître sa réponse lorsque les commissaires des douanes s'adressèrent de nouveau à elle. Quelques semaines auparavant, à Boston, un citoyen du nom de Daniel Malcom, soupçonné de contrebande, avait réussi à résister à un groupe de douaniers qui avaient tenté, armés d'un mandat de main-forte émanant de la Cour supérieure du Massachusetts et flanqués d'un agent de la paix local, de pénétrer dans sa maison et de fouiller sa cave. Lorsqu'ils rapportèrent les circonstances de cette affaire à la Trésorerie le 22 novembre 1766, les commissaires des douanes s'appliquèrent à souligner les faiblesses du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, comme l'avait fait le procureur général De Grey. Il n'y avait plus, selon eux, qu'une seule chose à faire: donner suite à leur recommandation du 31 octobre 1766 et légiférer.

Cependant, rien n'y fit. À sa livraison à la Trésorerie, le rapport des commissaires du 22 novembre 1766 fut noyé dans un amoncellement de documents que le Gouver-

neur du Massachusetts avait fait parvenir au ministère du Commerce, et qui faisaient état des scènes tapageuses qui avaient eu lieu dans les rues avoisinant la maison de Malcom.

Probablement alarmée par l'inquiétude du ministère du Commerce à propos de nouvelles agitations dans la ville turbulente de Boston (et doutant peut-être du bien-fondé de l'anathème que De Grey avait jeté sur les perquisitions en matière douanière), la Trésorerie passa outre aux recommandations prudentes des commissaires des douanes et prit le taureau par les cornes. Il ne suffisait plus de ruminer l'opinion de De Grey et de faire confiance à la providence. Il fallait mettre la main au collet de ceux qui, comme Daniel Malcom et ses semblables, défiaient farouchement l'autorité de la Couronne. Les conseillers juridiques de la Couronne furent à nouveau chargés de réfléchir à la question. Le 14 janvier 1767, la Trésorerie fit parvenir aux conseillers tous les documents concernant l'affaire Malcom et se lança dans une diatribe contre [TRADUCTION] "la résistance violente qu'ont opposée ... (Malcom) ... et d'autres à l'exécution d'un mandat légal qui leur enjoignait de prêter main-forte aux préposés des douanes de Sa Majesté". Elle demanda de but en blanc "quels étaient les recours qui pouvaient être intentés contre ledit Daniel Malcom pour les crimes dont il s'était rendu coupable[40]".

De Grey et son collègue, le solliciteur général, demeurèrent stoïques. Le 6 février 1767, ils émirent l'opinion suivante:

> [TRADUCTION]
>
> les personnes en cause ne peuvent être poursuivies, ni au civil ni au criminel, pour avoir empêché les préposés des douanes d'accomplir leurs fonctions, dans la mesure où le mandat de main-forte en vertu duquel ces derniers ont pénétré dans la maison et dans la cave n'avait en l'occurrence aucune autorité sur le plan juridique[41].

La Trésorerie ne s'avoua pas vaincue pour autant. Elle s'adressa à nouveau aux conseillers juridiques le 14 février 1767, et tenta de réfuter l'argument de l'absence de juridiction invoqué dans l'affaire Malcom, en soutenant que la Cour supérieure du Massachusetts délivrait des mandats de main-forte en sa qualité de Cour de l'Échiquier, qualité qui lui était attribuée par une loi provinciale.

Cette seconde tentative de convaincre les conseillers juridiques n'eut guère plus de succès que la première. Peut-être l'argument en question mettait-il en évidence l'erreur qu'on avait commise en attribuant d'emblée la délivrance du mandat de main-forte en matière douanière à la juridiction inhérente de l'Échiquier (alors qu'en fait, les mots "délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté", au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, semblaient conférer à cette cour une juridiction spécifique[42]. Il est également possible que les conseillers juridiques, en hommes à l'esprit pratique, aient pressenti qu'un procès dans lequel un jury composé de Bostoniens était susceptible de porter Malcom en triomphe aurait des conséquences plus embarrassantes qu'avantageuses. Comme dernière hypothèse (car il ne s'agit ici que de conjectures puisque rien ne prouve que les conseillers juridiques ont répondu à la Trésorerie), il est possible que la correspondance soit demeurée lettre morte en raison du mutisme méprisant des conseillers. En effet, il ne fallait pas encourager les simples fonctionnaires de l'État, même ceux de la puissante Trésorerie, à se mêler de débattre des questions de droit avec les avocats et les solliciteurs généraux.

Ce n'est qu'après toutes ces tergiversations que l'État britannique décida de donner suite aux recommandations initiales des commissaires des douanes, et de légiférer.

2. LES TOWNSHEND ACTS

Quoique nous n'en recommandions pas la lecture, nous avons reproduit ici intégralement les dispositions de l'article 10 du Revenue Act de 1767:

> [TRADUCTION]
>
> Attendu qu'en vertu d'une loi du Parlement adoptée au cours de la treizième et de la quatorzième année du règne de Charles II et intitulée An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses, in his Majesty's Customs, et de plusieurs autres lois actuellement en vigueur, tout préposé des douanes de Sa Majesté est fondé, s'il est autorisé par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit

en question, à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, à ouvrir par la force, en cas de résistance, toute porte, coffre, malle ou autre contenant qui s'y trouve, à saisir, puis à emporter tout bien ou marchandise interdit ou introduit en contrebande, et à placer ces derniers en sûreté dans l'entrepôt de Sa Majesté le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu. Et attendu qu'en vertu d'une loi adoptée au cours de la septième et de la huitième année du règne de Guillaume III, et intitulée An Act for preventing Frauds, and Regulating Abuses, in the Plantation Trade, il est, entre autres, prescrit que les préposés chargés de percevoir et d'administrer les douanes de Sa Majesté, et d'inspecter le commerce dans les plantations en Amérique, ont les mêmes pouvoirs et la même autorité que les préposés en Angleterre, en vertu de ladite Loi datant de la quatorzième année du règne de Charles II, pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, pour rechercher et saisir les biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits de douane sont payables ou auraient dû être payés, et doivent recevoir la même assistance, dans l'exécution de leurs fonctions, que celle qui est accordée aux préposés en Angleterre par ladite Loi. Mais comme le pouvoir de décerner les mandats de main-forte aux préposés des douanes dans lesdites plantations n'a été accordé à aucune Cour en particulier par ladite Loi adoptée au cours de la septième et de la huitième année du règne de Guillaume III, il est douteux que ces préposés puissent légalement pénétrer dans les maisons et autres lieux sur la terre ferme, afin de rechercher et de saisir les biens, de la façon prévue par lesdites Lois. Afin d'écarter tout doute à l'avenir, et pour donner effet à l'esprit desdites Lois, il est prescrit par l'autorité susmentionnée qu'à partir du vingtième jour du mois de novembre mil sept cent soixante-sept, la Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou la plantation, selon le cas, pourra délivrer des mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, magasin, cave ou autre

> endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, et à rechercher et à saisir les biens interdits ou introduits en contrebande, de la façon prévue par lesdites Lois.

Ce texte constitue l'ensemble des dispositions qui ont introduit le mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte au Canada. Il comporte plusieurs éléments qui ne manquent pas d'intérêt. Et si l'on se rappelle comment le verbiage soporifique avait permis au contenu insignifiant des dispositions du Act of Frauds de 1696 concernant les perquisitions en matière douanière dans les "maisons ou entrepôts", de passer dans le chas d'une aiguille et de survivre pendant plus de soixante-dix ans[43], on ne saurait s'étonner de la présence d'éléments artificiels de nature politico-juridique dans le texte de 1767 qui est, par ailleurs, tout aussi insipide.

3. LES ASTUCES DU MÉTIER

L'objet déclaré des dispositions de l'article 10 en est un bon exemple. Après avoir imposé au lecteur l'énumération fastidieuse de la législation antérieure, ces dispositions finissent par amener l'hypothèse que la légalité des perquisitions douanières sur la terre ferme était "douteuse" puis que le Act of Frauds de 1696 ne prévoyaient pas expressément la délivrance des mandats de main-forte dans les colonies. Par conséquent, "pour écarter tout doute à l'avenir", les dispositions de l'article 10 conférèrent formellement au plus haut tribunal de chaque colonie la juridiction nécessaire. On remarque, en passant, que cela ne correspond pas tout à fait à la façon dont le procureur général De Grey avait interprété la législation antérieure (interprétation qui du reste avait rendu nécessaire l'adoption de l'article 10). Mais il existe une différence encore plus marquée: la prétention manifestement fausse selon laquelle les dispositions de l'article 10 ne visaient qu'à éliminer les doutes, c'est-à-dire à faciliter l'application du droit préexistant plutôt qu'à établir de nouvelles règles de droit. Rares sont les cas où la législation a masqué la réalité de façon aussi accablante. En effet, il est impossible pour le lecteur contemporain qui ignore les faits masqués par l'expression insouciante et presque insipide du texte de l'article 10, de deviner que les conseillers juridiques de la Couronne, loin de patauger dans l'incertitude concernant la Loi de 1696, avaient affirmé à maintes reprises que celle-ci était totalement inopérante.

Le caractère un peu fourbe de l'article 10 n'est pas difficile à expliquer. Parmi les problèmes auxquels faisait face le législateur, l'un des plus délicats était de ne pas laisser entendre, et encore moins de dire en termes explicites que les perquisitions effectuées auparavant sur la terre ferme dans les colonies étaient illégales. Les conseillers juridiques pouvaient se permettre de faire de telles affirmations entre eux, ou avec les commissaires des douanes et la Trésorerie. Mais le moment venu de combler les lacunes en question et d'élaborer pour l'avenir un texte de loi concernant les perquisitions douanières, il fallait bien se garder de provoquer le tempérament particulièrement procédurier des coloniaux. Au Massachusetts notamment, les citoyens connaissaient depuis longtemps le mécanisme du mandat de main-forte et ne se faisaient pas faute de manifester leur mécontentement. En conséquence, si le libellé de la nouvelle loi avait laissé entendre que toutes les perquisitions effectuées auparavant étaient légalement défectueuses (parce que le mandat était sans fondement) les préposés des douanes qui avaient effectué ces perquisitions se seraient vus menacés de poursuites en responsabilité ruineuses. Les premières lignes de l'exposé du droit que contenait l'article 10 étaient en somme assez fidèles à l'opinion donnée en 1766 par le procureur général De Grey, qui avait expliqué les règles de la Loi de 1662 concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, et y avait greffé l'épineuse Loi de 1696. Cependant, cet exposé servit à amener subtilement une conclusion beaucoup moins négative que celle à laquelle De Grey en était arrivé. Contrairement à l'anathème jeté par le conseiller juridique sur les mandats de main-forte des colonies, les dispositions de l'article 10 n'écartèrent pas la possibilité que ces mandats fussent valides. Ce qui, dans les dossiers de la Trésorerie, apparaissait comme un désaveu catégorique fut donc présenté au public comme un simple doute. Ainsi, en apparence, l'adoption de la nouvelle loi ne semblait pas être un geste causé par la panique, mais plutôt la restauration superficielle d'une loi quelque peu poussiéreuse.

Par souci d'exactitude, signalons que les dispositions de l'article 10 eurent l'effet escompté, pour ce qui est "d'écarter tout doute". En effet, il semble qu'aucune poursuite n'ait été intentée afin d'extorquer des dommages-intérêts aux douaniers à l'égard des perquisitions qui, d'après les conseillers juridiques britanniques, étaient illégales.

4. LE RAFFINEMENT

Il y a un autre point que nous nous devons de signaler. Le préambule long et parfois diffus de l'article 10 du Revenue Act de 1767, où est énumérée la législation antérieure, décrit le texte d'origine concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte comme visant les biens "interdits ou introduits en contrebande". Comme nous l'avons vu, cela est inexact sur le plan historique, car il était question, dans la Loi de 1662, de biens "interdits et introduits en contrebande". Nous avons déjà parlé, dans les pages qui précèdent, de l'incidence sur la législation ultérieure de ce double critère trop restrictif pour viser les biens qui n'avaient été introduits qu'en fraude des lois douanières. Cette incidence s'est traduite en Angleterre par la "résurrection" de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition et dans les colonies par le texte inextricable du Act of Frauds de 1696. En 1767, cependant, la situation était différente. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, à un certain moment, la formule restrictive "interdits et introduits en contrebande" avait dû, pour des raisons pratiques, être remplacée par "interdits ou introduits en contrebande".

L'un des divers ajustements qu'a introduits le Act for preventing Frauds and Abuses in the Publick Revenues[44] de 1719 consistait à reconnaître des cas où des biens [TRADUCTION] "interdits ou assujettis aux droits de douane", trouvés au cours d'une perquisition effectuée sous l'autorité d'un mandat de main-forte, en vertu de la Loi de 1662, pouvaient être détenus jusqu'à ce qu'on ait prouvé que les droits de douane avaient été acquittés à leur égard. Dans l'introduction de l'article 10 du Revenue Act de 1767, où il était alors question de perquisitions concernant des biens "interdits ou introduits en contrebande", en vertu d'un mandat de main-forte, on renvoyait non seulement au Act of Frauds de 1662, mais également à "plusieurs autres Lois actuellement en vigueur". Parmi celles-ci figurait la Loi de 1719 qui, dans son application, pouvait être interprétée de façon à étendre la portée du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte prévu par la Loi de 1662, aux biens "introduits en contrebande", c'est-à-dire en fraude des lois douanières, que ces biens fussent "interdits" ou non, d'où la transformation de "interdits et introduits en contrebande" en "interdits ou introduits en contrebande".

Ce tour de passe-passe législatif réussi arrivait à point, eu égard au nouveau tarif de droits d'importation qui était un élément central du régime douanier modifié de 1767. Jusqu'à cette date, très peu de biens importés dans les colonies britanniques d'Amérique étaient assujettis aux douanes impériales à leur arrivée. Par conséquent, ce n'est qu'en Grande-Bretagne où, en vertu des lois sur le commerce, presque toutes ces cargaisons étaient embarquées, transbordées ou en transit, que l'incidence fiscale de telles mesures se serait fait sentir. À strictement parler, l'importation en contrebande consistait bien plus dans la violation d'une prohibition de commerce que dans une contravention aux lois douanières. La plus grande partie des biens introduits en contrebande dans les colonies étaient ceux qui faisaient l'objet de telles prohibitions, et il y avait peu de raisons pour que cette situation change après 1767. Dans ces conditions, il était de peu d'importance que dans les dispositions du Revenue Act concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, il soit question de biens "interdits ou introduits en contrebande", plutôt que "interdits et introduits en contrebande". Pourtant, dans la mesure où les biens visés par le nouveau tarif de droits de douane étaient assujettis à ces droits même lorsqu'ils venaient de Grande-Bretagne ou qu'ils y étaient passés (et dans ce cas, il n'y avait évidemment pas eu de violation d'une prohibition de commerce), il peut avoir semblé impérieux sur le plan logique de veiller à ce qu'aucun bien à l'égard duquel les droits de douane n'avaient pas été acquittés n'échappe à l'application des dispositions en question.

5. PÉCHÉ D'OMISSION

Si habile qu'il fût en ce qui concerne les questions d'ordre secondaire, le libellé de l'article 10 du Revenue Act de 1767 se révéla moins heureux pour ce qui est des règles de fond.

Le nouveau bureau des commissaires des douanes américain de Boston essuya plusieurs refus dans ses tentatives de persuader les tribunaux des colonies que le mandat de main-forte créé par les dispositions de l'article 10 devait être de portée générale et utilisable aux endroits et de la façon que le douanier jugeait appropriés. Dans les colonies, du moins dans celles qui allaient par la suite faire sécession, une nouvelle tendance se manifesta, qui consistait pour le tribunal à limiter la portée de chaque mandat à un cas déterminé faisant l'objet d'une déclaration sous serment[45].

Cette intransigeance (qui persista à l'encontre non seulement des efforts des commissaires des douanes, mais également des opinions pressantes de plusieurs procureurs généraux britanniques successifs) s'inspirait sans doute des attaques qui avaient été formulées récemment en Angleterre par les tribunaux et le Parlement à l'égard des mandats de portée générale, dans le contexte des luttes que mena John Wilkes. Apparemment, dans les colonies, on eut connaissance qu'en pratique, en Angleterre, l'emploi du mandat de main-forte était limité aux cas où la demande était étayée par des motifs probants[46]. On a cependant cru, à tort, que c'était la délivrance du mandat de main-forte par la Cour de l'Échiquier qui faisait l'objet de telles réticences, et non ses cas d'emploi tout simplement. Par ailleurs, il est aussi possible que les tribunaux américains se soient retranchés derrière un argument qui reflète davantage la réalité du pays. Dans la célèbre affaire des mandats de main-forte qui avait été entendue par la Cour supérieure du Massachusetts en février 1761, James Otis avait insisté pour que le mandat de main-forte ait une portée restreinte et soit appuyé par une demande faite sous serment. Il avait rappelé qu'en common law, le mandat de perquisition concernant des biens volés avait eu à l'origine une portée générale qui avait par la suite été réduite par la jurisprudence et limitée à des cas précis faisant l'objet d'une demande sous serment. Il avait soutenu que par analogie, les dispositions législatives qui servaient de fondement au mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, et qui ne disaient pas expressément que le pouvoir en question devait avoir une portée générale, devaient être interprétées suivant le même principe, soit en restreignant de façon appropriée la délivrance des mandats de main-forte[47].

Quel qu'ait été le raisonnement des tribunaux américains, il n'en demeure pas moins que leur réticence à délivrer des mandats de main-forte autrement que sur production d'une dénonciation faite sous serment n'allait pas à l'encontre des dispositions de l'article 10. Celles-ci enjoignaient aux tribunaux de délivrer des mandats de main-forte, tout en les laissant libres (il n'y avait effectivement aucune disposition à l'effet contraire) de régler le processus de délivrance de la façon qu'ils estimaient appropriée. Cependant, à en juger par ce qui allait se produire par la suite (à savoir, la démonstration de l'argument avec lequel James Otis faillit triompher des mandats de main-forte en 1761), il aurait été préférable que l'intention de conférer un pouvoir général eût été exprimée en termes clairs.

En effet, qu'on ait eu l'intention de conférer un pouvoir général, cela ne fait aucun doute. On pourrait crier à l'injustice, du fait qu'en Angleterre, l'application pratique du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était limitée depuis longtemps aux cas où le douanier disposait de renseignements probants. Signalons en passant que cette pratique était également sanctionnée par la loi: l'un des objets de la Loi de 1719, dont nous avons parlé à la page 51, était de donner plus d'autorité aux préposés des douanes procédant à la saisie de biens lors d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, s'ils avaient agi [TRADUCTION] "par suite de la dénonciation d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi[48]". Pourtant, l'article 10 du Revenue Act de 1767 portait sur la délivrance du mandat de main-forte, et non sur les cas d'application de celui-ci. Il fut présenté comme une partie essentielle du texte législatif initial concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, soit le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662. Et quelles que soient les vicissitudes qu'a connues ce mécanisme du paragraphe 5(2), en théorie et en pratique, le mode de délivrance du mandat est demeuré le même. Il est opportun de rappeler en quoi il consistait. Aux termes du paragraphe 5(2), le mandat devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Or c'est à Londres que se trouvait le siège de la Cour, c'est-à-dire, en pratique, le bureau du registraire du roi. L'Angleterre n'est pas particulièrement vaste, mais elle l'est suffisamment pour qu'au XVIIe siècle, il fût difficile de se rendre à Londres, à partir de l'un des divers ports du littoral. Dans le cas d'un port situé dans le nord du pays, le voyage pouvait prendre plusieurs jours, et le double pour l'aller retour. C'est donc dire qu'à l'extérieur de la ville de Londres, l'efficacité du mécanisme aurait été illusoire si un mandat de main-forte distinct avait été nécessaire lors de chaque perquisition. En effet, on ne pouvait toujours s'attendre à ce que les biens suspects soient conservés sur place jusqu'à ce que le préposé des douanes ait fait l'aller retour jusqu'à la capitale, sans compter que jusqu'au XVIIe siècle, la préparation du mandat était tellement laborieuse (le portrait du roi, la calligraphie latine hautement raffinée, etc.) qu'elle pouvait demander des jours, voire des semaines. Ainsi, il était à toutes fins utiles essentiel que le pouvoir de perquisition créé par la Loi de 1662 soit général. Si tant est que la Loi de 1662 fut parmi les lois à l'esprit desquelles les dispositions de l'article 10 de la Loi de 1767 étaient censées donner effet, c'était bien mal comprendre l'esprit de la première que d'interpréter la

seconde de façon à restreindre la portée du mandat de main-forte à l'étape de la délivrance de celui-ci. On ne saurait terminer cette digression sans nous étonner que, dans toute sa perspicacité, James Otis n'ait pas pensé à un argument aussi probant à l'encontre de sa théorie selon laquelle les dispositions de la Loi de 1662 pouvaient être interprétées de façon qu'un mandat de main-forte ne soit décerné que pour un cas déterminé.

Quant à savoir pourquoi le rédacteur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 n'a pas pris la peine de prévoir que les tribunaux américains enlèveraient tout effet à cette disposition en délivrant des mandats utilisables en une seule occasion (il est fort peu probable qu'il ait eu connaissance des vains efforts d'Otis dans ce sens, plusieurs années auparavant), on peut penser qu'il lui a semblé inutile d'anticiper une énormité semblable. On peut toutefois songer à une solution moins hypothétique. Elle nous vient du procureur général De Grey, dont l'opinion datant d'octobre 1766 est à l'origine de cette législation et a probablement servi de principale pièce de référence au rédacteur. À en juger par le contenu de l'opinion en question, le seul véritable problème soulevé par les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte dans les colonies était un problème de juridiction: l'application de la Loi de 1662 concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte avait été étendue aux colonies britanniques d'Amérique par le Act of Frauds de 1696, mais le mandat créé par la Loi de 1662 devait être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier britannique dont la juridiction ne s'étendait pas aux colonies. En conséquence, sur le plan du fond, (il en a été tout autrement sur le plan de la forme), le rédacteur s'est borné à présenter une seule disposition plutôt lapidaire conférant aux tribunaux des colonies le pouvoir de décerner des mandats de main-forte.

6. LA PIERRE ANGULAIRE

Dans la mesure où les mandats de main-forte qui allaient désormais être délivrés dans les colonies étaient conformes au modèle britannique créé par le Act of Frauds de 1662, ils consistaient tout simplement dans un ordre adressé à un ensemble très vaste de personnes, dont les officiers navals, militaires et civils, de faciliter les perquisitions du préposé des douanes. Pour qu'un tel ordre ait quelque valeur sur le plan juridique, le mandat lui-même devait être conforme à la doctrine de common law qui lui servait de

fondement: "la ressource secrète du droit" de Coke, permettant toujours de créer un bref "en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi". Le mandat de main-forte nécessaire aux fins des perquisitions prévues par les dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662 était fondé sur l'obligation de prêter main-forte imposée par les dispositions de l'article 32, dont la protée beaucoup plus large suffisait amplement à étayer le mandat de main-forte sur le plan théorique. Cependant, le Revenue Act de 1767 ne contenait aucune disposition de cette nature. Conformément à son but prétendu qui ne consistait qu'à réaffirmer les dispositions législatives déjà en vigueur, le texte détaillé de l'article 10 énonçait que le Act of Frauds de 1696 accordait au préposé des douanes dans les colonies "la même assistance" dont bénéficiait son homologue britannique en vertu de la Loi de 1662. Et c'est cela qui devait servir de fondement au nouveau mandat de main-forte en Amérique du Nord.

Cependant, en dépit de cette minutie sur le plan historique, il reste un aspect sous lequel les dispositions de l'article 10 du Revenue Act de 1767 s'éloignaient gravement des textes législatifs antérieurs, et auquel est attribuable une grande partie de ce qui s'est produit par la suite.

PARTIE IV

LA TRANSFORMATION

1. RETOUR EN ARRIÈRE À 1767

Le bureau des commissaires des douanes qui avait été établi à Boston en 1767 a très vite éprouvé des difficultés avec les mandats de main-forte délivrés en Amérique du Nord britannique en vertu du Revenue Act adopté la même année. Les tribunaux coloniaux étaient disposés à délivrer des mandats valides pour un cas déterminé mais ils étaient, pour la plupart, réticents à délivrer les mandats de portée générale que les commissaires considéraient comme justes et nécessaires. Lorsqu'à l'été de 1768, William De Grey, procureur général de l'Angleterre eut pris connaissance à Westminster de l'attitude des tribunaux coloniaux, il rédigea une sérieuse mise au point reproduite en annexe B (à laquelle nous nous référons à maintes reprises comme source de renseignements sur le mandat de main-forte et son fondement juridique). De Grey recommanda la distribution à tous les tribunaux coloniaux d'un exemplaire du mandat de main-forte utilisé en Angleterre ainsi que d'un exposé sur les modalités de la délivrance de ces mandats en Angleterre. Il croyait que les tribunaux seraient ainsi à même de constater [TRADUCTION] "que le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat".

Dans la mesure où De Grey faisait allusion au Act of Frauds de 1662, il avait certainement raison. Les termes de cette loi ne pouvaient pas être interprétés autrement: [TRADUCTION] "Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte sera fondée à (...) pénétrer dans toute maison." Comme l'avait expliqué le procureur général De Grey (de façon indirecte, encore une fois), aux termes de cette loi, le mot authorised devait être employé dans son sens archaïque, soit "une notification de l'identité du détenteur du mandat".

Toutefois, une telle interprétation laissait supposer que quiconque lisait l'article 10 du Revenue Act de 1767 verrait très bien que le but de cet article était de rendre la loi de 1662 applicable aux colonies. En fait, l'article 10 se prêtait à une interprétation complètement différente (que De Grey, si la vérité pouvait se faire jour, connaissait peut-être déjà et qu'il espérait éviter). Dans

nos commentaires sur l'article 10 dans la Troisième partie de la présente étude, nous avons souligné qu'il eut été préférable pour le législateur de couper court à l'utilisation des mandats de main-forte valides pour un seul cas en exigeant explicitement qu'ils soient de portée générale. Il est possible de relever un autre défaut, et il ne s'agit pas cette fois d'une simple constatation a posteriori. La tendance américaine à considérer le mandat de main-forte comme un type de mandat de perquisition, sujet aux mêmes contraintes que ce dernier, en particulier celles qui découlent du principe de common law selon lequel on ne peut donner une portée générale aux actes juridiques, a sans doute pris de l'ampleur par le fait que l'article 10 donnait l'impression que le mandat lui-même était la source des pouvoirs de perquisition du préposé des douanes. Aux termes de l'article 10, les tribunaux coloniaux devaient délivrer des [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison".

On voit facilement ce qui a pu se produire. Au cours des cent années ou plus qui ont suivi, la signification archaïque du mot "authorised" dans le Act of Frauds de 1662, soit celle d'une notification d'identité, était tombée en désuétude et avait même été oubliée. En 1767, le législateur a repris ce mot dans un sens qui se rapproche de son sens ordinaire moderne, d'autant plus qu'il associa à ce mot le verbe "habiliter".

Une autre constatation s'impose à l'esprit. Bien que le procureur général De Grey ait été mieux en mesure, en 1768, de donner une opinion d'une valeur inestimable sur le mandat de main-forte et sa nature juridique, ce domaine incontestablement ésotérique du droit était, en 1767, encore fort méconnu.

2. L'INTRODUCTION DU MANDAT DE MAIN-FORTE AU CANADA

Les commissaires des douanes américains firent imprimer et distribuer l'opinion du procureur général De Grey (de même qu'un exposé de l'affaire qui en était à l'origine) à leur personnel dans les différents ports[49] et à tous les procureurs généraux des colonies enjoignant également à ces derniers de [TRADUCTION] "convaincre la Cour supérieure de (leur) province de délivrer des mandats de main-forte". Cette documentation comprenait également un modèle de mandat de main-forte, dont certaines parties

étaient laissées en blanc pour permettre aux instances locales d'insérer, le cas échéant, certains détails; ce modèle avait été rédigé par le conseiller juridique des commissaires à partir de la documentation envoyée par l'Angleterre[50].

En dépit de l'opinion de De Grey, la plupart des colonies qui, plus tard, allaient devenir les États-Unis, étaient toujours dans une impasse[51]. Les commissaires eurent cependant plus de succès au Nord. Dans leur rapport à la Trésorerie qu'ils présentèrent à Westminster le 20 octobre 1772[52], ils soulignèrent que leurs préposés à Québec[53] et à Halifax s'étaient vu remettre [TRADUCTION] "un mandat de main-forte conforme au modèle qui a été fourni". Il semble que les autorités de l'île Saint-Jean n'avaient pas encore adopté le modèle mais certains indices laissent supposer qu'ils s'apprêtaient à le faire[54]. S'il existait une lacune quelque part, c'était fort probablement à Terre-Neuve et ce, pour des raisons qui tiennent davantage à des difficultés réelles sur le plan de la procédure qu'à un refus d'obtempérer aux directives[55].

Le modèle de mandat de main-forte rédigé à l'intention des commissaires des douanes américains en 1768-1769 est joint en annexe (annexe "C"). Comme le modèle britannique (dont l'annexe "A" peut être un exemple), son contenu étonnamment prolixe n'est en fait qu'une directive enjoignant à divers destinataires ([TRADUCTION] "tous... nos préposés, ministres et sujets" pour ainsi les regrouper) de se soumettre au préposé des douanes et de lui prêter main-forte lors de ses perquisitions[56].

Même si ce mandat renfermait une indication de sa source législative, soit l'article 10 du Revenue Act de 1767 (à vrai dire, le Act of Frauds de 1696, qui visait à conférer aux préposés des douanes nord-américains des pouvoirs de perquisition sur la terre ferme comme en Angleterre, et dont l'échec a forcé l'adoption de la loi de 1767), il était à ce point calqué sur le modèle britannique qu'on pouvait dire, à juste titre, que la seule loi pertinente était la loi de 1662, laquelle avait inspiré le modèle britannique. Il ne faisait aucune allusion au malencontreux libellé de l'article 10, dont les mots [TRADUCTION] "visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison", pouvaient tout naturellement être interprétés de façon que les pouvoirs des préposés émanaient du mandat de main-forte ou tout au moins étaient exercés en vertu de son autorité.

Dans la mesure où De Grey, dans son opinion de 1768, voulait notamment réduire l'incidence de l'erreur commise dans la loi de 1767, le conseiller juridique du bureau américain des commissaires des douanes a plutôt bien rédigé son modèle du mandat de main-forte[57].

3. L'ERREUR EN ÉVIDENCE

Cependant, l'article 10 existait bel et bien et il ne fut pas abrogé. Le bureau américain des commissaires des douanes fut dissous en 1784 mais les dispositions relatives aux mandats de main-forte qui avaient été adoptées en même temps que fut créé cet organisme administratif voué à l'insuccès en demeurèrent là, toujours viciées par une erreur de rédaction qui avait fait du mandat de main-forte l'autorité en vertu de laquelle les préposés des douanes exerçaient leur pouvoir de perquisition.

Bien que les commissaires américains aient suivi la recommandation du procureur général De Grey en rédigeant et en fournissant des mandats calqués sur le modèle britannique traditionnel (lequel, essentiellement était un ordre enjoignant à ses destinataires de faciliter la perquisition opérée par le préposé des douanes), il fallait s'attendre que l'article 10 du Revenue Act de 1767 fît tôt ou tard l'objet d'une interprétation textuelle. Voici le texte d'un mandat de main-forte délivré par la Cour suprême du Nouveau-Brunswick au cours de la session de la St Hilaire en 1823:

> [TRADUCTION]
>
> George Quatre, par la Grâce de Dieu, Roi du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Défenseur de la Foi, etc. À Monsieur Henry Wright, percepteur des douanes dans le port de Sain-Jean en notre province du Nouveau-Brunswick; Monsieur Robert Parker, vérificateur des douanes dans ledit port de Saint-Jean; Monsieur James C. Kelly, inspecteur et perquisiteur dans ledit port; Henry George Clopper, officier de la douane dans le port de Fredericton et ses environs, et à tous les autres préposés de la douane dans lesdits ports -- SALUT:
>
> Par les présentes, vous et chacun de vous êtes autorisés et habilités, en vertu du présent mandat, à solliciter l'aide d'un constable ou de

tout autre officier public résidant près de l'endroit en question; à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit situés dans les limites du port de Fredericton ou dans les environs et, en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise interdits et introduits en contrebande de quelque nature qu'ils soient, et de les placer en sécurité dans nos entrepôts situés dans ledit port de Fredericton. De plus, par les présentes, nous autorisons, enjoignons et ordonnons également à tous les juges de paix, maires, shérifs et huissiers ainsi qu'à tous nos préposés, ministres et sujets quels qu'ils soient, de vous aider et de vous prêter main-forte dans l'exécution des présentes.

Témoin, Monsieur John Sanders, Juge en chef, à Fredericton, ce vingt-deuxième jour de février, en l'an de grâce mil huit cent vingt-trois, quatrième année de Notre règne

Par ordre de la Cour et avec l'autorisation du Juge en chef

[signature]

Ce mandat fait partie des archives du bureau des commissaires des douanes britanniques[58] à qui incombaient désormais les responsabilités des commissaires américains. Il ne semble pas avoir été l'objet de critiques venant de Londres. En effet, on peut supposer que le projet de mandat avait été rédigé à Londres pour être adopté dans toutes les provinces nord-américaines.

Tant parce que l'obligation de prêter main-forte qu'ils énoncent incombe à un important groupe anonyme d'officiers publics et de particuliers, que parce qu'ils contiennent une énumération des modes d'utilisation du mandat, les termes de ce mandat de main-forte du Nouveau-Brunswick qui sont essentiellement les mêmes que ceux du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, illustrent bien l'influence du modèle britannique. Mais ce mandat ne s'adressait pas seulement ni surtout aux "assistants" éventuels. En outre, l'obligation de prêter main-forte n'en

était pas le but principal. En effet, les personnes qui sont saluées et à qui le mandat s'adresse d'abord sont les différentes personnes désignées ainsi que d'autres préposés des douanes. Le mandat leur donne le pouvoir de demander l'aide d'un constable local et de "pénétrer de jour, dans toute maison", comme si le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 n'avait pas de toute évidence, en employant cette même formule, confié directement ce pouvoir à ces personnes. Le mandat délivré en 1823 par la Cour suprême du Nouveau-Brunswick avait pris une forme hybride assez curieuse compte tenu de son rapport problématique avec la doctrine énoncée par Coke qui est à l'origine des mandats de main-forte: la "ressource secrète du droit", selon laquelle il est permis de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique, selon [TRADUCTION] "la force et l'effet de la loi".

Il ne fait pas de doute que l'erreur n'était pas dans la rédaction du mandat. Même si quelque cinquante années plus tard, on se souvenait encore de l'opinion du procureur général De Grey (en supposant que les commissaires des douanes britanniques étaient au courant de son existence), on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique ait pu continuer à être calqué sur le modèle britannique sans tenir compte des termes de la loi en vertu de laquelle il existait: aux termes mêmes de l'article 10 du Revenue Act de 1767, le pouvoir de perquisition du préposé des douanes émanait de son mandat de main-forte. Il n'est donc pas étonnant qu'au bout d'un certain temps, le libellé du mandat traduisît ce fait. Que le mandat de main-forte, dérogeant à ses origines doctrinales, ait commencé à revêtir la forme d'un mandat de perquisition résultait non pas d'un vice de conception mais d'une erreur de rédaction législative qui datait de 1767. Le mandat du Nouveau-Brunswick était probablement le meilleur résultat qu'on eût pu tirer du patrimoine législatif nord-américain des commissaires britanniques.

4. PERPÉTUATION DE L'ERREUR

Voici un autre texte en usage à mi-chemin de l'évolution du mandat de main-forte au Canada (en fait, ce mandat provient de la province du Canada):

[TRADUCTION]

VICTORIA, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Défenseur de la Foi. Au percepteur des douanes et à tous les autres préposés des douanes de la ville de Hamilton sur la baie de Burlington dans le district de Gore, et à tous et chacun des constables et autres agents de la paix dudit district de Gore et à tous ceux qu'il appartient, SALUT:

Vous, notre percepteur de même que tous nos autres préposés des douanes, êtes investis, en vertu du présent mandat, de tous les pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution des présentes; De plus, nous vous ordonnons de solliciter l'aide d'un agent de la paix dans ledit district et d'entrer de jour, dans tout bâtiment ou autre endroit, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets passibles de confiscation en vertu d'une certaine loi du Parlement de notre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande adoptée pendant les troisième et quatrième années du règne de feu Sa Majesté le Roi Guillaume Quatre, feu Roi du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, intitulé An Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, ouvrir par la force toute porte et tout coffre et autre contenant. De plus, nous ordonnons à tous les constables et autres agents de la paix dudit district de vous aider et de vous prêter main-forte dans l'exécution des présentes.

TÉMOIN, l'Honorable JOHN BEVERLY ROBINSON, Juge en chef, à Toronto, ce septième jour d'août, septième année de Notre règne.

Par ordre de la Cour
le 9 août 1843
[signature du Solliciteur général] [signature][59]

Dans cet exemple canadien qui date de 1843, on peut constater que la tendance à faire du mandat de main-forte le fondement du pouvoir de perquisition est encore plus nette que dans l'exemple du Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt.

On ne peut toutefois pas attribuer à cette malheureuse loi de 1767 cette nouvelle dérogation à la doctrine et aux précédents. En effet, les lois du Parlement de Westminster relatives aux douanes du Royaume-Uni et de ses colonies étaient devenues un ramassis inintelligible de rajouts et de modifications et au milieu des années 1820 les textes furent considérablement remaniés. L'article 10 du Revenue Act de 1767 céda la place à l'article 53 du Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad de 1825[60], dont voici le texte:

> [TRADUCTION]
>
> Il est en outre décrété que sous l'autorité d'un mandat de main-forte délivré par une cour supérieure, une cour suprême ou une cour de Vice-Amirauté ayant la compétence territoriale (lesquelles sont, par les présentes, autorisées à délivrer un mandat de main-forte et tenues de le faire lorsque les agents principaux des douanes de Sa Majesté leur en font la demande expressément), tout préposé des douanes peut, accompagné d'un agent de la paix, entrer de jour dans tout bâtiment ou autre endroit, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets passibles de confiscation en vertu de la présente loi, et en cas de nécessité, ouvrir par la force toute porte et tout coffre ou autre contenant; ce mandat de main-forte, après sa délivrance, restera en vigueur pendant toute la durée du règne au cours duquel il aura été délivré et pendant les douze mois qui suivront la fin de ce règne.

Il convient ici de faire certaines précisions d'ordre accessoire. Premièrement, dans les colonies, le principe du common law selon lequel les biens saisis par les préposés des douanes ne pouvaient être confisqués que par l'intervention du processus judiciaire[61] avait été écarté depuis longtemps par des lois qui permettaient que la confiscation relève de l'Amirauté[62]. Avec la loi de 1825, une autre création du common law, soit le mandat de main-forte en matière de douane, pouvait bénéficier du même régime. Deuxièmement, le Act of Frauds de 1662, qui avait rendu possible la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, ne permettait le recours à la force qu'en cas de "résistance" alors que la loi de 1825 réduisait ce critère aux cas moins précis de "nécessité". Troisièmement, le principe

selon lequel le préposé des douanes devait être accompagné d'un agent de la paix et qui constitue la raison d'être du mandat de main-forte était confirmé dans la loi de 1825. Quatrièmement, la loi de 1662 précisait que l'agent de la paix devait être un résident de l'endroit tandis que la loi de 1825 n'en disait rien. Enfin, cinquièmement, en common law, le mandat de main-forte en matière de douane, comme pour un grand nombre de documents officiels délivrés au nom du souverain, n'avait aucune valeur légale au décès de ce dernier, sauf si la loi indiquait le contraire, comme c'est le cas de la dernière phrase de la disposition de la loi de 1825 qui prolongeait la durée du mandat de 12 mois après la fin du règne (il existait cependant une pratique semblable, en usage depuis 1702 en Angleterre et dans les colonies)[63].

D'autre part, il est important de souligner que la loi de 1825 permettait à un préposé des douanes (accompagné d'un agent de la paix) de pénétrer dans les bâtiments et tout autre endroit, "sous l'autorité d'un mandat de main-forte". Précisons que les termes de cette disposition ont été repris textuellement à l'article 61 du Act to Regulate the Trade of the British Possessions Abroad de 1833[64] qui remplaça la loi de 1825 et à laquelle se référait le mandat de main-forte délivré en 1843 dans la province du Canada. C'est ce mandat qui était censé constituer le fondement du pouvoir de perquisition et de saisie des préposés des douanes, bien davantage que le mandat délivré au Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt lorsque l'article 10 du Revenue Act de 1767 était encore la disposition législative pertinente. On pourrait dire que l'article 10 fut remplacé par une disposition dont le libellé était aussi équivoque que son modèle défectueux: [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison".

5. NOUVEL IMBROGLIO LÉGISLATIF

En 1825, le législateur était beaucoup mieux placé que son prédécesseur en 1767. En effet, ce dernier devait faire face à un problème complexe sur le plan de la présentation, soit celui de rédiger un texte qui, théoriquement, devait supprimer une équivoque mais qui en fait n'était qu'un médiocre assemblage d'une série d'anciennes dispositions législatives et de l'opinion d'un officier de la justice qui avait eu pour effet de rendre ces dispositions inapplicables dans les colonies. Toutes ces reliques vétustes et inadéquates, y compris l'ensemble des dispositions du Act of

Frauds de 1662 et celles du Act of Frauds de 1696 qui étaient pertinentes étaient mises au rancart, de même que le texte de 1767 qui les avait si adroitement rassemblées[65]. Comme il ne restait, à toutes fins utiles, que très peu d'anciennes lois pour l'en empêcher, le législateur était, en 1825, en mesure d'innover.

Voici comment était énoncée, au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, l'intention du législateur de faire du pouvoir de perquisition du préposé des douanes, un pouvoir résultant de la loi seule (et non un pouvoir qui existe par le truchement du mandat de main-forte): [TRADUCTION] "Et toute personne (...) sera fondée (...) à pénétrer (...) dans toute maison". Cette intention est devenue moins claire à cause de l'interprétation qui a été faite d'une des conditions relatives à l'exercice du pouvoir de perquisition, à savoir que la personne fondée à perquisitionner devait être [TRADUCTION] "autorisée par un mandat de main-forte". On semblait avoir oublié qu'au milieu du dix-septième siècle, le terme "authorized" signifiait notification d'identité. On avait également faussement présumé que le paragraphe 5(2) visait des mandats de main-forte qui, d'une manière ou d'une autre, donnaient aux préposés ce pouvoir de perquisition. La situation était tellement confuse qu'elle a entaché la loi de 1767 portant sur les perquisitions en matière de douane en Amérique du Nord britannique aux termes de laquelle sont délivrés des [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison". Le législateur en 1825 n'a pas répété cette erreur. Bien au contraire. L'article 53 ne dit aucunement que les mandats de main-forte "habilitent" les préposés des douanes à perquisitionner. Le texte de 1825 libellé ainsi: [TRADUCTION] "Il est en outre décrété que sous l'autorité d'un mandat de main-forte (...) tout préposé des douanes peut (...) entrer (...) dans tout bâtiment" ressemble davantage au texte de 1662 qu'à celui de 1767.

Le texte de 1825 n'était cependant pas tout à fait conforme à celui de 1662. Cela est d'autant plus évident que la disposition législative correspondante qui s'appliquait au Royaume-Uni (où l'abrogation du Act of Frauds de 1662 avait, comme dans les colonies rendu nécessaire l'adoption d'une loi de remplacement touchant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte) répétait presque textuellement l'ancienne formule: [TRADUCTION] "Et tout préposé des douanes (...) autorisé par un mandat de main-forte (...) sera fondé à pénétrer dans toute maison[66]". Pour quelle

raison le législateur n'a-t-il pas cru bon, en adoptant la loi applicable aux colonies, de reprendre l'ancienne formule "autorisé par un mandat de main-forte" au lieu d'édicter la nouvelle formule "sous l'autorité d'un mandat de main-forte"? Il se peut que le législateur, s'imaginant ou espérant que la nouvelle formule signifiait la même chose que l'ancienne formule, considérait qu'elle offrait la possibilité de prévoir un nouveau type de mandat de main-forte, en particulier de forme hybride comme celui qui avait été délivré au Nouveau-Brunswick et qui enjoignait à la fois aux préposés des douanes de perquisitionner et aux agents de la paix de leur prêter main-forte.

D'après le mandat délivré au Nouveau-Brunswick en 1823, qui est reproduit aux pages 60 et 61, il est tout à fait probable que ces mandats "hybrides" étaient utilisés dans toutes les provinces nord-américaines au moment de l'adoption de la loi de 1825. En effet, on aurait suscité d'énormes inconvénients si l'on avait interprété, la nouvelle loi, comme l'aurait sans doute exigé la logique du texte de 1662, de façon que tous ces mandats dussent être rappelés et remplacés par des mandats de type britannique qui s'adressaient à divers destinataires regroupés dans une seule catégorie de personnes et devant accomplir une seule tâche (les agents de la paix et d'autres personnes, pour "prêter main-forte"). Le législateur aurait également été dans l'embarras si le changement avait été perçu comme un rejet des procédures antérieures. En effet, il ne faut pas oublier qu'il fut un temps où les habitants de l'Amérique du Nord britannique qui n'aimaient pas qu'on vînt perquisitionner dans leurs maisons avaient des idées arrêtées au sujet des mandats de main-forte.

L'approbation, en apparence, par les commissaires des douanes à Londres du mandat de main-forte hybride qui était utilisé dans les colonies explique en partie cette dualité similaire de la loi de 1825, laquelle semble confier un pouvoir de perquisition directement au préposé des douanes tout en laissant l'impression que ce dernier exerce ce pouvoir en vertu de son mandat de main-forte. Grâce à cette formule équivoque, les préposés des douanes pouvaient continuer à perquisitionner "sous l'autorité d'un mandat de main-forte" hybride bien connu tandis que les commissaires, sous l'égide de cette même formule opaque (pour la rédaction de laquelle ils avaient sans doute eu leur mot à dire), attendaient peut-être l'occasion d'introduire dans les colonies des mandats de main-forte de type traditionnel comme en Angleterre.

6. L'HÉRITAGE DE 1825

Dans l'hypothèse où tel fut l'esprit de la loi de 1825, on peut conclure à son échec. Les dangers inhérents à l'adoption rapide de mandats de main-forte qui ne comportaient que l'obligation de prêter main-forte et qui faisaient reposer le pouvoir de perquisition sur la loi seule furent évités. Mais au lieu de faire place à une transition aux mandats de type britannique, le statu quo se cristallise davantage. Le mandat délivré en 1843 dans la province du Canada en est un exemple. Contrairement à celui qui avait été délivré au Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt, ce mandat, lié à la loi de 1833 qui avait remplacé la loi de 1825 et qui reprenait textuellement la disposition relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, ressemblait davantage à un mandat de perquisition qu'à un mandat de prêter main-forte.

Entre parenthèses, voilà qui ne laisse point d'être ironique. Faisons abstraction, pour le moment, que les dispositions provinciales relatives aux mandats de main-forte ne font pas l'objet de la présente étude. En 1807, la législature du Nouveau-Brunswick adopta une loi intitulée An Act to prevent illicit and clandestine Trade, and for imposing a Duty upon Articles illegally imported or brought into this Province, to be levied and paid after the condemnation thereof. Voici le texte de l'article 3:

[TRADUCTION]

> Le Trésorier ou ses adjoints sont fondés, à tout moment, à visiter ou arraisonner tout navire qui accoste dans un port de la province pour y chercher, saisir et confisquer tous effets interdits; de plus, s'ils y sont autorisés par un mandat de main-forte portant le sceau de la Cour suprême de Sa Majesté ou de la Cour inférieure des Plaids communs du comté où se trouvent ces effets prohibés, que les officiers desdits tribunaux sont, par les présentes, autorisés et tenus de délivrer à la suite de l'autorisation ou fiat d'un des juges des cours susmentionnées, qui doit être versée au dossier avec la déclaration sous serment sur laquelle elle est fondée, ils sont fondés à prendre avec eux le shérif de Sa Majesté ou son adjoint ou un coroner du comté, et à pénétrer de jour dans tout bâtiment, magasin, entrepôt ou hangar et en cas de résistance, à

> ouvrir par la force les portes et à ouvrir et examiner les barriques, coffres et autres contenants, pour y chercher, saisir et confisquer tous effets interdits qui ont été débarqués de tout navire ou bateau, ou importés de quelque autre manière, contrairement aux dispositions et à l'esprit de toute loi du Parlement[67].

On peut tout de suite faire le rapprochement entre cette disposition adoptée en 1807 au Nouveau-Brunswick et le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, qui est l'archétype britannique des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Bien que l'article 10 du Revenue Act de 1767 fût encore la loi impériale en vigueur en ce qui a trait aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, la province du Nouveau-Brunswick avait choisi de passer outre à cette disposition inadéquate et d'imiter l'ancienne. Dans la mesure où "autorisés par un mandat de main-forte" signifiait "accrédités par un mandat de main-forte" dans la loi de 1662, ces termes pouvaient avoir la même signification dans la loi du Nouveau-Brunswick de sorte que dans ce dernier cas, comme dans le premier, le pouvoir de perquisition résultait effectivement de la loi seule.

Bien entendu, ce qui est ironique, c'est qu'eu égard à la conformité aux sources, il eût été préférable que la législation ultérieure sur les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord suivît l'exemple du Nouveau-Brunswick.

7. LE MOULE CANADIEN

Voici comment était énoncée, dans la première Loi sur les douanes[68] adoptée en 1867 par le Parlement du Canada, la disposition relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte (article 92):

> [TRADUCTION]
>
> En vertu d'un ordre pour requérir main-forte accordé avant ou après la mise en vigueur du présent acte (et tous lesdits ordres pour requérir main-forte accordés ci-devant demeureront en vigueur pour les objets du présent acte,) par un juge de la cour du banc de la Reine ou des plaids communs, dans la province d'Ontario, ou de la

> cour supérieure, ou de vice-amirauté, dans la province de Québec, ou de la cour suprême dans la Nouvelle-Écosse ou de la cour du banc de la Reine dans le Nouveau-Brunswick, ayant juridiction sur le lieu (lequel accordera ledit ordre pour prêter main-forte sur demande à lui faite pour cet objet par le percepteur ou principal officier des douanes du port ou lieu, ou par le procureur-général (sic) de Sa Majesté pour le Canada)--tout officier des douanes, ou toute personne employée pour cet objet, avec l'assentiment du gouverneur en conseil, exprimé soit par un ordre spécial ou par un règlement général, en prenant avec lui un officier de paix, pourra pénétrer de jour ou de nuit dans tout édifice ou autre lieu situé dans la juridiction de la cour qui accorde ledit ordre, et rechercher et saisir et mettre en sûreté tous effets sujets à confiscation en vertu du présent acte; et en cas de nécessité, pourra enfoncer les portes, coffres et autres contenants pour cet objet; et ledit ordre pour requérir main-forte, une fois accordé, sera considéré comme étant en vigueur pendant toute la durée du règne pendant lequel il aura été accordé, et pendant douze mois après la fin de ce règne.

Comme les mandats de main-forte étaient depuis fort longtemps énoncés en termes qui pouvaient laisser présumer que le pouvoir de perquisition du préposé émanait du mandat lui-même, on peut difficilement imaginer que cette loi de 1867 eût pu être rédigée dans un autre esprit[69].

Selon toute apparence, le nouveau régime canadien en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte avait sanctionné une pratique (que le législateur vers la fin du régime colonial n'avait fait qu'encourager) qui, sous ce rapport fondamental, perpétuait l'erreur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 plutôt que de respecter les dispositions originelles du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662.

8. UN SOUPÇON D'ATAVISME?

Il en est de même à notre époque. Prenons le cas de l'article 139 de la présente Loi sur les douanes, dont voici le texte:

> Sous l'autorité d'un mandat de main-forte, tout préposé ou toute personne employée à cette fin, du consentement du gouverneur en conseil exprimé soit par un décret spécial ou par une nomination spéciale, soit par un règlement général, peut, à tout moment, de jour ou de nuit, pénétrer dans tout bâtiment ou autre lieu situé dans le ressort de la cour par laquelle est émis ce mandat, et rechercher, saisir et mettre en sûreté tous effets qu'il a raisonnablement lieu de croire sujets à confiscation, en vertu de la présente loi, et, en cas de nécessité, il peut, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

L'article 145 prévoit la délivrance et la durée du mandat de main-forte:

> Un juge de la Cour de l'Échiquier du Canada peut émettre un mandat de main-forte à un préposé sur demande du procureur général du Canada, et pareil mandat reste en vigueur tant que la personne qui y est nommée demeure un préposé, que ce soit en la même qualité ou non.

(La Cour de l'Échiquier du Canada est devenue la Cour fédérale du Canada.)

Les articles 139 et 145 de la Loi sur les douanes, de même que les dispositions analogues de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues, ont fait l'objet d'une interprétation remarquable qui semble écarter la thèse selon laquelle le pouvoir de perquisition résulte du mandat de main-forte lui-même (tout comme il peut résulter d'un mandat de perquisition) ou est conféré par son truchement. Voici ce qu'a déclaré le juge Jackett, en 1965, dans l'affaire In re Writs of Assistance, probablement l'arrêt qui fait jurisprudence en matière de mandats de main-forte:

> [TRADUCTION]
>
> Lorsque le détenteur d'un mandat de main-forte exerce les pouvoirs qui lui sont confiés en vertu de ce mandat, il exerce en fait les pouvoirs que lui confère la loi conformément à l'autorisation du procureur général du Canada ou du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, selon le cas; il n'exécute pas un ordre ou un jugement

> de la Cour de l'Échiquier du Canada ou d'un juge de cette cour. Le Parlement, dans sa très grande sagesse, a voulu que le pouvoir qui est accordé à ce préposé soit attesté par un mandat délivré par la Cour de l'Échiquier du Canada. La présente cour doit se conformer à cette ordonnance législative[70].

Selon cette interprétation, les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, de même que les dispositions analogues de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues, ont une signification toute nouvelle. En effet, le préposé se voit accorder un pouvoir de perquisition non pas par le mandat ou par le truchement de celui-ci, ni surtout par la Cour ou le juge, à qui le Parlement n'a laissé aucun choix quant à la délivrance du mandat, mais directement par la loi, presque comme dans l'ancien temps en Angleterre lorsque la Loi de 1662 était en vigueur.

9. CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU MANDAT DE MAIN-FORTE CANADIEN

Voici le texte d'un mandat de main-forte modelé d'après les principes énoncés dans l'arrêt In re Writs of Assistance:

> Division de première instance de la
> Cour fédérale du Canada
>
> Elizabeth Deux, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.
> Au
> membre de la Gendarmerie royale du Canada,
>
> SALUT:
>
> Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 145 de la LOI SUR LES DOUANES, d'entrer en n'importe quel temps de jour ou de nuit, dans tout bâtiment ou autre lieu, qui relève de la juridiction de cette Cour, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets que vous avez des motifs raisonnables de supposer pas-

sibles de confiscation en vertu de la LOI SUR LES DOUANES, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

Témoin, un Juge de la Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce jour de en l'an de grâce mil neuf cent année de Notre règne.

[signature]
Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

C'est la référence qui est faite à l'article 145 de la Loi sur les douanes qui nous permet de conclure que le pouvoir de perquisition du détenteur du mandat n'émane pas de celui-ci (cet article porte en effet sur la délivrance du mandat et c'est l'article 139 qui accorde le pouvoir de perquisition). Les mandats qui accordent pareil pouvoir en vertu de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues sont rédigés en termes semblables. Tous ces mandats sont basés sur les modèles proposés par le juge Jackett dans l'arrêt In re Writs of Assistance. Il faut donc les considérer comme de simples documents attestant que leurs détenteurs sont des personnes dûment autorisées et habilitées à exercer un pouvoir qui ne leur est confié que par une loi. Le mandat de main-forte britannique dont il était question dans le Act of Frauds de 1662 n'avait pas tout à fait la même portée. D'une part, ce mandat était plus qu'une simple attestation (en théorie, tout au moins, il avertissait l'agent de la paix, qui accompagnait toujours le détenteur du mandat, de son obligation légale de prêter main-forte). D'autre part, comme l'a souligné le juge Jackett, la Cour de l'Échiquier, sous le sceau de laquelle le mandat devait être délivré, pouvait désavouer l'autorisation d'exercer ce pouvoir.

10. LA DÉCOUVERTE D'UNE RESSOURCE SECRÈTE?

Il existe un autre aspect sous lequel la décision du juge Jackett a eu pour effet de remodeler le mandat de main-forte canadien sur les anciennes dispositions. Voulant, semble-t-il, mettre la Cour en garde contre ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] "pouvoirs extraordinairement vastes" associés au mandat de main-forte, le savant juge a déclaré:

[TRADUCTION]

> Il faut prendre soin de vérifier si les mandats ne contiennent pas une disposition que le Parlement n'a pas prévue ou une disposition qui a pour effet de suggérer au lecteur que la nature du mandat ne correspond pas aux dispositions de la loi[71].

Par ailleurs, nous avons déjà mentionné la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke dans son ouvrage intitulé Third Institute, en particulier vers la fin:

[TRADUCTION]

> Il est permis de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi.

L'insistance du juge Jackett sur la parfaite correspondance des différents mandats de main-forte avec les dispositions de leurs lois constitutives répond bien à cette "ressource secrète du droit", qui constitue le fondement doctrinal du précurseur britannique des mandats de main-forte canadiens.

11. L'OBLIGATION DE PRÊTER MAIN-FORTE?

Une note décevante pour les fervents de l'histoire: il existe un rapport sous lequel les mandats de main-forte utilisés actuellement au Canada ne sont visiblement pas fidèles à leurs origines. La tendance qu'illustrait le mandat qui avait été délivré en 1843 dans la province du Canada, c'est-à-dire de reléguer de plus en plus au second plan l'obligation imposée aux agents de la paix de prêter main-forte lors d'une perquisition par rapport à l'ordre donné au préposé des douanes de perquisitionner s'est confirmée à tel point qu'aujourd'hui l'obligation de prêter main-forte est complètement passée sous silence.

Cette dérogation ultime est évidente dans le mandat de main-forte actuel cité aux pages 72 et 73: il ne comporte aucune mention de l'obligation de prêter main-forte ou d'accompagner l'officier chargé de faire la perquisition. Le libellé des mandats de main-forte en vertu de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues n'est guère différent:

> Vous êtes autorisé et habilité par les présentes (...) aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque (...)

De même que celui du mandat délivré en vertu de la Loi sur l'accise:

> Vous êtes autorisé par les présentes (...) d'entrer de nuit, si vous êtes accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné, dans tout bâtiment ou autre lieu (...)

En permettant l'aide et l'assistance ou même en la mentionnant expressément comme le cas de la perquisition de nuit en vertu de la Loi sur l'accise, on n'impose pas nécessairement l'obligation de prêter main-forte. Pourtant, c'est précisément cette obligation qu'énonçait à l'origine le mandat de main-forte.

12. LA LÉGISLATION UNE FOIS DE PLUS ERRATIQUE

Reste à savoir si de nos jours, ces mandats de main-forte canadiens, qu'on serait tenté de qualifier de "soi-disant mandats de main-forte", vu l'absence d'obligation de prêter main-forte, auraient pu être conformes à l'ancien modèle. C'est l'obligation générale de prêter main-forte aux préposés des douanes, prévue à l'article 32 du Act of Frauds de 1662 qui constitue la raison d'être (conformément à la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke) du mandat de main-forte délivré en vertu du paragraphe 5(2) de cette loi. Les dispositions législatives canadiennes actuelles en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte comportent-elles une obligation analogue pouvant justifier la délivrance d'un mandat de l'ancien type?

Sur ce point, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues sont muettes. Par ailleurs, l'article 140 de la Loi sur les douanes dispose:

> En opérant la saisie des effets, navires, véhicules ou autres biens sujets à confiscation en vertu de la présente loi, un préposé ou une personne peut demander, au nom de la Reine, l'aide et l'assistance légales nécessaires à la conservation et à la protection de ces effets, navires, véhicules ou biens saisis.

Bien que cette disposition puisse peut-être être interprétée comme une obligation générale de prêter main-forte pour la protection de biens déjà saisis, elle ne constitue certes pas une obligation générale de prêter main-forte lors des saisies.

La Loi sur l'accise est plus claire. Voici le texte de l'article 77:

> Tous les juges de paix, maires, huissiers, constables et toutes personnes qui servent sous Sa Majesté en vertu d'une commission, d'un mandat ou autrement, et toutes autres personnes doivent aider et sont par les présentes tenus respectivement d'aider et d'assister tout préposé dans l'exécution régulière de tout acte ou de toute chose autorisée, requise ou prescrite par la présente loi ou par toute autre loi.

Il ne fait pas de doute que dans le mandat de main-forte délivré en vertu de la Loi sur l'accise on peut, en cas de nécessité, requérir l'assistance d'un agent de la paix (et non simplement y faire allusion)[72].

C'est une disposition de la première loi du Parlement du Canada portant sur l'accise, l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur[73] de 1867, qui a précédé l'article 77 actuel de la Loi sur l'accise. Comme c'est le cas dans notre législation actuelle, il n'existait pas, dans l'Acte concernant les Douanes de 1867, une obligation légale analogue de prêter main-forte. Pourtant, ces deux lois de 1867 renfermaient des dipositions relatives aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, rédigées essentiellement dans les mêmes termes, comme c'est le cas à l'heure actuelle. L'article 125 de l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur qui prévoyait la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était suivi de l'article 126 qui énonçait l'obligation générale de prêter main-forte; les articles 76 et 77 de la Loi sur l'accise actuelle suivent à peu près le même schème. Il est toutefois permis de douter que ce rapprochement des deux dispositions signifie qu'il existe un lien entre les deux. Si l'intention du législateur avait été d'appuyer le mandat de main-forte délivré en vertu de la législation sur l'accise sur une obligation légale de prêter main-forte, pourquoi ne l'a-t-il pas fait en matière de douane?

13. LA SOURCE DU PROBLÈME

On peut dire que si les mandats de main-forte aujourd'hui ne comportent pas d'obligation de prêter main-forte c'est que dans la législation on a depuis longtemps cessé d'affirmer que les mandats impliquaient une telle obligation[74].

En Amérique du Nord britannique, cependant, tout semble indiquer que le fossé qui sépare la perquisition en vertu du mandat de main-forte de ses origines doctrinales a été creusé bien avant les lois de 1867. On ne peut, cette fois-ci, jeter le blâme sur l'article 10 du Revenue Act de 1767. Lorsque l'article 10 était encore en vigueur, le mandat de main-forte était, par le truchement du Act of Frauds de 1696, basé sur la même disposition générale relative à l'obligation de prêter main-forte que celle sur laquelle il avait toujours été basé en Angleterre, soit l'article 32 du Act of Frauds de 1662. La refonte en 1825 des lois impériales en matière de douane a entraîné l'abrogation de la loi de 1662 mais l'article 32 n'a jamais été remplacé.

Comme les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte ont continué à s'opérer pendant quelque quarante années malgré l'absence de toute obligation légale de prêter main-forte, il semble que le législateur en 1867 n'ait pas cru bon de modifier cette pratique en matière de douane (par ailleurs, en ce qui a trait à la législation sur l'accise, qui comportait cette obligation légale, il semble que le législateur n'avait pas le moindre soupçon de l'importance d'une telle disposition par rapport au mandat de main-forte). Il semble donc que les choses en soient tout simplement restées là.

Il ne fait pas de doute qu'un mandat de main-forte comportant une obligation de prêter main-forte qui n'est sanctionnée par aucune disposition législative serait une aberration. C'est pourquoi il valait mieux omettre cette obligation dans les mandats de main-forte canadiens. Mais avec cette solution, il est devenu impossible d'identifier la nature véritable de ces mandats.

PARTIE V

LES SOURCES DE L'IMBROGLIO

1. FAITS HISTORIQUES DIVERS

Diverses préoccupations du common law ont influé sur les premières lois britanniques en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte: la crainte que des visites nocturnes, en particulier dans les foyers, n'engendre la violence; le fait que l'on préfère confier les pouvoirs de perquisition à des officiers publics au visage familier; une répugnance à l'égard du droit de s'introduire dans un endroit en utilisant la force; etc. Il reste dans les lois canadiennes actuelles encore quelques vestiges de ces anciens principes du common law. Par exemple, on en trouve dans les dispositions spéciales relatives aux perquisitions effectuées de nuit; en outre, on estime encore qu'il est préférable que l'utilisation de la force fasse l'objet d'une autorisation précise.

Cependant, le bagage historique est devenu, avec le temps, un fouillis d'idées. La "nécessité" a remplacé la "résistance" comme justification du recours à la force (un changement qui date du régime colonial[75]: le souci de la précision dans la définition s'était, semble-t-il, affaibli.) Dans l'ancien droit, le simple fait de s'introduire dans un endroit devait être justifié par la présence d'un objet légalement saisissable[76]. Aujourd'hui, les lois prévoient un adoucissement à cette règle: "des motifs raisonnables de croire" qu'un objet passible de confiscation se trouve sur les lieux, constituent une justification suffisante. (Ce critère plus souple ne serait-il pas un véritable traquenard si l'on devait juger que les motifs raisonnables ne doivent pas être appréciés après coup mais vérifiés avant la perquisition?) Bien entendu, certains critères qui ont été mis de côté sont moins dignes d'attention. Que la loi n'indique plus à quel endroit les effets confisqués doivent être mis en sûreté n'a vraiment plus d'importance. Par contre, qu'il ne soit plus fait mention de l'agent de la paix accompagnateur, dont la présence lors de la perquisition était l'une des principales raisons d'être du mandat de main-forte, est, le moins qu'on puisse dire, un paradoxe. (Le fait qu'il y ait de fortes chances que l'officier chargé de la perquisition soit un membre de la Gendarmerie royale du Canada, donc lui-même un agent de la paix, ne vient pas tellement corriger cet illogisme.)

Des rajouts de même que certaines suppressions ont également entraîné la disparition de la parfaite cohésion qui autrefois caractérisait les textes législatifs. Certains changements n'ont eu que très peu d'incidence. La disposition selon laquelle le mandat de main-forte "restera en vigueur tant que la personne à qui il est adressé demeurera un préposé" ne fait que régler la question de l'expiration du mandat à la fin du règne du souverain au nom de qui il a été délivré (solution préconisée en common law[77]). En outre, si l'intention du législateur avait été d'empêcher la délivrance de mandats valables pour une seule perquisition (une pratique hérétique très répandue dans les colonies dissidentes au début des années 1770), c'est une précision qui est superflue, étant donné la disposition plus ou moins uniforme qui régit la perquisition elle-même. On peut toutefois constater que la pratique, inexistante en Angleterre mais qui en Amérique du Nord britannique remonte à plus de deux cents ans, consistant à délivrer le mandat de main-forte à une personne désignée, est une question de toute première importance tout comme la question de la délégation à un autre préposé (l'article 79 de la Loi sur l'accise en est un exemple). Dans la mesure où la désignation du détenteur du mandat de main-forte est un élément constitutif de l'attribution du pouvoir de perquisition lié au mandat[78], la question de la délégation peut susciter certaines objections de principe, mais aucune ayant un caractère fondamental.

Les modifications législatives n'ont cependant pas toutes été sans créer de difficultés sur le plan pratique. Prenons le cas de la procédure de délivrance des mandats de main-forte. Le fait que le procureur général du Canada doit forcément se porter requérant semble être une exagération[79]. S'il existe une raison valable pour laquelle le plus haut fonctionnaire de la justice au Canada soit obligé d'accomplir une tâche administrative qui correspond davantage à la fonction d'un commis, elle ne nous paraît pas évidente de prime abord. C'est dans l'histoire qu'il faut chercher une explication. Vers la fin des années 1760 et au début des années 1770, les commissaires des douanes américains de Boston, constatant le grand nombre de rejets des demandes des préposés des douanes pour la délivrance de mandats de main-forte, décidèrent de confier à leurs procureurs généraux respectifs la mission de convaincre les tribunaux coloniaux et provinciaux de délivrer des mandats de main-forte en vertu de l'article 10 du Revenue Act de 1767. Même si au Nord, les tribunaux se montraient déjà beaucoup plus complaisants à l'égard de la délivrance de

mandats de main-forte, les directives des commissaires visaient également les procureurs généraux des provinces qui allaient former le Canada. On peut donc se demander si les lois actuelles qui prévoient qu'une demande pour la délivrance d'un mandat de main-forte doit être faite par le procureur général du Canada ne sont pas le résultat d'une mesure extraordinaire rendue nécessaire par des événements survenus il y a plus de deux cents ans à l'extérieur du Canada.

La disposition selon laquelle seul un juge de la Cour fédérale peut se prononcer sur une demande relative à la délivrance d'un mandat de main-forte est encore plus étrange. Ce qui en Angleterre n'est à toutes fins utiles qu'une procédure administrative exécutée dans le bureau du Registraire de la Reine, au Canada fait partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire ce qui, il faut bien le souligner, ne manque pas de laisser perplexes les membres de la magistrature. Aux termes de ces lois, le juge est dépouillé de toute fonction délibératoire. Sur ce point, voici ce que déclarait le juge Jackett dans l'affaire In re Writs of Assistance:

> [TRADUCTION]
>
> Pour ce qui est du fait que le mandat de main-forte autorise la personne qui y est nommée à exercer de vastes pouvoirs de perquisition tout au long de sa carrière à n'importe quel endroit, il me semble difficile sinon impossible de concevoir qu'il puisse exister un fondement à l'exercice par l'ordre judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire. Quel avantage pourrions-nous trouver à décider si, au moment de la délivrance du mandat, le préposé a les qualités nécessaires pour se voir confier tant de pouvoirs extraordinaires puisqu'aux termes de la loi en question, il conserve ces pouvoirs pour une période pouvant durer de vingt à trente ans? De même, la Cour n'est pas en mesure de décider si les circonstances précises justifiant l'utilisation des pouvoirs de perquisition se prêtent à l'exercice de pouvoirs si vastes[80].

Dans un arrêt rendu dix ans plus tard, l'affaire Re Writs of Assistance[81], le juge Collier, citant abondamment le juge Jackett, affirma que le tribunal se pliait à contre-coeur aux préceptes de la loi sans mot dire ni droit de

regard sur la question de la délivrance de ces mandats qui sont ensuite remis à des personnes qui, dans certains cas, pourraient abuser gravement des pouvoirs illimités qui leur sont accordés pour s'introduire chez les gens[82]....

Il ajouta quant à lui:

> [TRADUCTION]
>
> J'étais (...) scandalisé et incrédule à l'égard du fait qu'on puisse demander au tribunal ou exiger de lui qu'il autorise un préposé du gouvernement qu'il ne connaît pas à exercer, sur la foi de renseignements aussi peu sûrs et incomplets, des pouvoirs illimités[83].

L'inquiétude des juges semblait s'accentuer.

D'après le raisonnement subtil du juge Jackett, le juge qui autorise la délivrance d'un mandat de main-forte n'est aucunement responsable du pouvoir qu'il comporte, lequel est directement confié au préposé par la loi. Quoi qu'il en soit, le fait que la loi ait attribué au juge un rôle si ingrat et si intrinsèquement incompatible avec sa fonction ne pourrait se justifier que par l'intention du législateur de donner à un détestable pouvoir permettant de porter atteinte à la vie privée un air respectable grâce à l'endossement des mandats par la magistrature. Mais, encore une fois, il serait peu prudent de ne pas tenir compte des facteurs historiques.

En effet, l'article 10 du Revenue Act de 1767, qui déjà est à l'origine d'un grand nombre de problèmes en ce qui a trait aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, pourrait fort bien avoir été en partie responsable de cet état de choses. On se rappellera que l'article 10 fut adopté en raison de l'exigence prévue au texte fondamental sur la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, soit le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, qui précisait que le mandat devrait porter "le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Or la juridiction de la Cour de l'Échiquier ne s'étendait pas aux colonies. Le texte de 1767 devait remédier à cette incompétence territoriale en disposant que la délivrance de mandats de main-forte "peut être autorisée par la Cour supérieure ou par la Cour suprême ayant juridiction" sur le territoire colonial en question. Il eut été préférable de suivre les dispositions de la loi de 1662 de

plus près et de parler de délivrance de mandat portant le sceau du tribunal colonial. En effet, puisqu'il était désormais question d'"autorisation" et de "juridiction", la procédure relative aux demandes de délivrance de mandats de main-forte donnait l'impression qu'il s'agissait davantage d'une procédure devant les juges que d'une simple formalité exécutée par un greffier du tribunal. La phraséologie de la loi de 1767 fut cependant reprise dans les lois subséquentes, ce qui a probablement eu pour effet d'accentuer cette impression que la délivrance d'un mandat de main-forte relevait davantage des fonctions des juges que de celles des protonotaires. Vu ces faits, on peut supposer comment il se fait qu'aujourd'hui, c'est le juge qui autorise la délivrance du mandat de main-forte. Avec le temps, et certainement en 1867 lorsque le Parlement du Canada adopta sa première législation concernant la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, l'importance de la procédure de délivrance des mandats ne justifiait manifestement plus que la requête fût présentée, ne serait-ce que nominalement, devant le tribunal en séance plénière. Par conséquent, ce rôle fut dévolu au juge siégeant seul. Toutefois, dans la mesure où un principe puisse procéder d'une erreur, le principe restait le même.

2. SABOTAGE?

La législation relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte a été entachée de nombreuses imperfections presque depuis le début.

Le premier texte législatif, soit celui de 1662, qui ne s'appliquait qu'aux biens "interdits et introduits en contrebande" s'est avéré trop rigide et trop étroit. Il fallut donc compléter ce texte en réintroduisant une procédure de délivrance de mandats de perquisition spécifiques qui était tombée dans l'oubli[84]. En 1696, le fouillis dans lequel se trouvaient le droit et la pratique en matière de douane en Angleterre gagna la nouvelle législation en matière de douane en Amérique du Nord de sorte que la perquisition dans les bâtiments dans les colonies s'effectuait en vertu d'un texte législatif incompréhensible voire même indéchiffrable. Lorsque enfin l'occasion d'établir des mesures correctives se présenta, le législateur introduisit l'extraordinaire article 10 du Revenue Act de 1767. En faisant l'examen rétrospectif de l'évolution du droit entre cette époque et celle d'aujourd'hui, en passant par les différentes modifications législatives (notamment la loi de

1825), on constate que toutes les chances de rattacher le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique à un fondement juridique historiquement authentique furent compromises, au point de disparaître, à cause de la loi de 1767.

Il faut souligner que dans l'année qui suivit l'adoption de cette malheureuse loi de 1767, le procureur général britannique, William De Grey, émit l'opinion qui encore aujourd'hui fait pour ainsi dire autorité en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte de type traditionnel. (Citée au complet à l'annexe B, cette opinion a été à maintes reprises utilisée au cours de la présente étude.) Cette opinion était la réponse de Londres à la réticence qu'avaient manifestée la plupart des tribunaux coloniaux à l'égard de la délivrance de mandats de main-forte de portée générale que les autorités des douanes croyaient obligatoires en vertu de la loi de 1767. On ne peut s'empêcher de se demander si l'indulgence que reflètent certains commentaires du procureur général De Grey tels que [TRADUCTION] "plusieurs juges n'étaient probablement pas familiers avec cette procédure"; "il semble qu'ils n'aient pas eu la chance de se renseigner à son sujet"; "il est tout à fait normal qu'ils aient voulu prendre le temps d'y réfléchir", etc. ne traduisait pas une certaine compréhension, fondée sur l'expérience vécue à Londres, à l'égard de la facilité avec laquelle une erreur pouvait être commise. En effet, en soulignant que [TRADUCTION] "le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat", De Grey faisait sans doute allusion, et non sans une certaine gêne, à la disposition de la nouvelle loi qui prévoyait explicitement la délivrance de [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison". En outre, sa recommandation de distribuer [TRADUCTION] "un exemplaire du mandat délivré en Angleterre par la Cour de l'Échiquier dans toutes les colonies d'Amérique, de même que la procédure régissant la demande de mandat et la délivrance du mandat" reflétait son intention de ne pas tenir compte de cette disposition de la loi. Par ailleurs, sa recommandation selon laquelle la procédure de délivrance des mandats (par le Registraire du Roi) devrait être expliquée aux tribunaux coloniaux afin de les mettre en garde contre la délivrance de mandats qui ne sont valables que pour une seule occasion sur la foi d'une déclaration assermentée et donc accordés après délibération du tribunal. L'effet d'une telle recommandation est d'écarter la présomption selon laquelle les termes "la délivrance de

mandats peut être autorisée" et "cour ayant juridiction" signifient compétence des juges plutôt que compétence du greffier.

Ainsi donc, si le rédacteur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 avait pu prendre connaissance des commentaires émis par le procureur général De Grey à l'été de 1768, le résultat n'aurait pu qu'être meilleur. Le résultat aurait également été bon si, comme les tribunaux coloniaux, le rédacteur législatif avait eu devant lui un exemplaire du mandat de main-forte en matière de douane et s'était donné la peine de le lire. En tout état de cause, il se serait sans doute rendu compte que cette énorme et turgide absurdité n'était en fait qu'une directive à ses différents destinataires visant à faciliter le travail de perquisition du préposé des douanes. En d'autres termes, il n'aurait pas commis l'erreur d'écrire que le mandat "autorise et habilite" le préposé à faire une perquisition. Il y a également la question du caractère judiciaire qui semblait indûment avoir été donné par l'article 10 à la procédure de délivrance du mandat de main-forte. Il est possible que le rédacteur législatif ait confondu le mandat de main-forte en matière de douane avec les autres types de mandats de main-forte plus connus dont la procédure de délivrance relève du pouvoir judiciaire[85]. Peut-être pensait-il au type de mandat ordonnant au shérif d'aider une partie à prendre possession d'un terrain, lequel était souvent délivré par la Cour de l'Échiquier (en vertu de l'equity toutefois, car le mandat de main-forte en matière de douane l'était évidemment en vertu du common law).

Bien que tout cela ressortisse à la spéculation, il n'en demeure pas moins que les responsables de l'article 10 du Revenue Act de 1767, malgré toute l'habileté dont ils ont pu faire preuve au niveau de la présentation, ont attaché peu d'importance au fond. Faisant preuve de peu de subtilité, ils sont allés de l'avant sans trop savoir ce qu'était un mandat de main-forte en matière de douane.

3. PAUVRETÉ DES RESSOURCES

Si l'on doit s'en remettre aux documents accessibles en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, c'est le brouillard et l'obscurité, même jusqu'à une époque assez récente[86]. Un échantillon (quelque peu douteux) du mandat, rédigé dans un latin quelconque et qui date probablement des années 1680, figurait dans un recueil

de règles de pratique de la Cour de l'Échiquier dont la dernière publication remonte à 1725[87]. La perquisition en vertu d'un mandat de main-forte a fait l'objet de commentaires au Canada et, ne serait-ce qu'en raison du débat historique qu'elle a suscité au cours d'un procès à Boston en 1761 (n'a-t-on pas dit à ce sujet: "Voilà où apparurent les premières lueurs de l'Indépendance"), elle est souvent mentionnée dans les récits sur la révolution américaine. Mais en Angleterre, où tout cela a commencé et où l'on suit à peu près les mêmes règles de procédure qu'autrefois, les auteurs n'ont consacré à cette question qu'un petit renvoi en bas de page[88].

La jurisprudence britannique pouvant nous éclairer sur le mandat de main-forte et sa nature juridique est pour ainsi dire inexistante. Les quelques arrêts qui en font mention traitent du sujet de façon incidente ou aux fins de comparer d'autres aspects. L'arrêt le plus ancien, rendu en 1733 dans l'affaire Horne v. Boosey[89] concernait une saisie qui avait été effectuée par une personne qui n'était pas munie d'un mandat de main-forte alors qu'elle aurait dû l'être. L'arrêt le plus récent, rendu en 1830, aurait peut-être pu faire jurisprudence s'il n'avait pas embrouillé la situation. Entre ces deux arrêts, il n'y a qu'un mince échantillonnage d'affaires marginales. Parmi celles-ci, mentionnons le malencontreux jugement rendu en 1765 par le lord juge en chef Mansfield dans l'affaire Leach v. Money[90], une cause parmi la série de litiges relatifs aux mandats de portée générale nés à la suite des attaques de Wilkes. Voici ce qu'a affirmé le lord juge: [TRADUCTION] "il existe plusieurs cas où des lois spéciales du Parlement autorisent des saisies en vertu de mandats de portée générale; c'est le cas du mandat de main-forte". On peut se demander si, eu égard à son auteur, cette ancienne et importante conclusion confondant le mandat de main-forte et le mandat de perquisition, n'a pas contribué à l'erreur analogue commise à propos de l'article 10 du Revenue Act de 1767. En effet, vingt ans plus tard, rendant jugement dans l'affaire Cooper v. Boot[91], le lord juge Mansfield admettait que sa connaissance du sujet n'était pas suffisamment approfondie. Comme on avait soulevé la question de la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, il mit l'affaire en délibéré afin de permettre aux avocats de l'éclairer davantage. Cela ne semble pas avoir donné grand résultat mais le lord juge s'était amélioré sur un point depuis 1765: [TRADUCTION] "Le mandat de main-forte, déclarait-il, n'est pas véritablement un mandat". Cependant, aujourd'hui encore, on confond le mandat de main-forte et le mandat de perquisition.

Paradoxalement, ce sont ces affaires marginales qui nous fournissent le peu de jurisprudence britannique que nous possédions sur la question de la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte. Dans l'affaire Cooper v. Boot, un des avocats avait cité un arrêt non publié rendu vers le milieu des années 1760 par le lord juge en chef Camden dans l'affaire Shipley v. Redmain, une affaire concernant [TRADUCTION] "un mandat de main-forte, à une époque où le droit considérait qu'une personne agissant en vertu d'un mandat qui revenait bredouille n'était pas en droit d'agir". De même, le juge en chef De Grey qui, à titre de procureur général, s'était occupé du mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, déclarait en 1773 dans l'affaire Bostock v. Saunders[92] (un arrêt infirmé par l'arrêt Cooper v. Boot mais sous un autre aspect) que [TRADUCTION] le perquisiteur muni d'un mandat de main-forte "ne pouvait faire valoir contre une action pour trouble de jouissance que le résultat positif de la perquisition". Les contraintes imposées au perquisiteur furent développées dans les papiers domestiques de De Grey[93] où ce dernier commente le résumé de l'affaire Oldfield v. Licet (1775)[94] en attribuant au juge Gould le passage suivant: [TRADUCTION] "le préposé des douanes, en exerçant son droit de perquisition de façon trop large ou abusive, se rendait passible d'intrusion en droit (plutôt qu'en fait, selon toute vraisemblance)". Dans l'affaire Hill v. Barnes (1777)[95], le juge Gould, dans une remarque, semble avoir fait allusion à un autre danger des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, soit l'exigence contenue dans le Act of Frauds de 1662 selon laquelle l'agent de la paix accompagnateur doit être "résidant près de l'endroit" en cause. [TRADUCTION] "J'ai déjà, écrit le juge Gould, entendu une affaire à Poole où il était question d'un préposé des douanes qui, ayant pratiqué une saisie de tissus passés en contrebande, s'était vu condamner à payer une somme élevée à titre de dommages-intérêts parce qu'il avait été aidé d'un policier non pas de la ville de Poole mais du comté de Dorset". Enfin, quoi qu'il en soit, il n'y a pas eu de jurisprudence depuis l'affaire R. v. Watts and Watts en 1830, qui avait suscité de la part du lord juge Tenterden les commentaires inexacts que nous avons critiqués précédemment[96].

La rareté des précédents et l'absence de causes portant directement sur les perquisitions en vertu du mandat de main-forte dans la jurisprudence britannique s'expliquent par les limites, imposées en partie par le truchement de la loi par les commissaires des douanes relativement à l'utilisation faite du mandat dans la pratique[97]. Malgré toute la

latitude qui, en théorie ou en droit strict, a caractérisé le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en Angleterre du début du XVIIIe siècle au milieu du XIXe siècle, dans la pratique, les perquisitions étaient réglementées, chaque cas d'emploi devant être attesté, voire même vérifié sous serment. Cette circonspection a peut-être permis aux responsables des douanes d'éviter des contestations ennuyeuses mais le silence de la jurisprudence ne veut pas dire que le régime ne comportait que des avantages. Entre la rareté de la jurisprudence et l'absence totale de doctrine, l'information valable en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte a toujours été insuffisante. Il semble que cette information n'ait pas été trop abondante non plus chez les détenteurs des secrets d'État. Il s'agit là de la meilleure explication des déformations qu'à subies la législation dans ce domaine à travers l'histoire. Ces déformations qui ont éloigné le régime canadien de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte de ses origines doctrinales, pour donner naissance à un régime complètement différent, ne peuvent s'expliquer que par la difficulté même pour les procureurs de la Couronne de se documenter convenablement.

En particulier, il semble qu'on ait perdu de vue la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke dans son ouvrage intitulé Third Institute. Dans son importante opinion de 1768, qui avait été distribuée à toutes les cours supérieures en Amérique du Nord britannique, le procureur général William De Grey avait souligné que le mandat de main-forte en matière de douane était "fondé sur le common law". Toutefois, il n'avait pas précisé sur quelle doctrine du common law il reposait. S'il avait fait cette précision, la postérité en aurait sans doute tiré encore davantage de profit. Malheureusement, la "ressource secrète" est demeurée secrète trop longtemps.

ANNEXE A

Mandat de main-forte (britannique) au milieu du XVIIIe siècle

George Deux, par la Grâce de Dieu, Roi de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Irlande, Défenseur de la Foi c. --

À tous les préposés et ministres, actuels et futurs, qui remplissent un office ou exercent un pouvoir relevant de la juridiction du Lord juge Amiral ou de notre Amirauté d'Angleterre, et à tous les vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous nos préposés, ministres et sujets résidant dans toutes les cités, villes, villages et comtés d'Angleterre, du pays de Galles et dans la ville de Berwick upon Tweed et à chacun de vous --

Salut: Sachez que, attendu qu'en vertu des lettres patentes émises sous notre grand sceau de Grande-Bretagne le 4 juillet de la trente-deuxième année de notre Règne, nous avons nommé et désigné nos loyaux et bien-aimés sujets, Sir John Evelyn Bart et messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand commissaires responsables de l'administration et de la perception de nos douanes, subsides et autres droits mentionnés dans lesdites lettres patentes: durant notre bon plaisir et en vertu de la commission susdite nous avons conféré à nos dits commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux, le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane, "droits de tonnage et de pondage" ainsi que toutes les autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus en raison de l'importation ou du transport commerciaux de biens, d'articles et de marchandises en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed ou de leur exportation en dehors de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed conformément à la teneur et aux dispositions d'une certaine Loi du Parlement adoptée à Westminster le 25 avril de la douzième année du Règne de feu le Roi Charles II et ratifiée et confirmée subséquemment par une autre Loi du Parlement adoptée à Westminster le 8 mai de la treizième année du Règne de feu le Roi Charles II; et conformément aux différents tarifs et aux différentes valeurs s'appliquant à ces biens et à ces marchandises, tels qu'énumérés dans un certain cahier des tarifs et dans

certains règlements, ordonnances, directives et autorisations annexées audit cahier des tarifs et promulguées par lesdites lois, ou l'une d'elles, et promulguées, approuvées, ratifiées et confirmées par lesdites lois, ou l'une d'elles conformément à la teneur et aux dispositions d'une autre Loi du Parlement adoptée la première année du Règne de feu Sa Majesté le Roi Jacques II intitulée an Act for Settling the revenue on his Majesty for his life et également le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane, subsides, droits et sommes d'argent échus et à échoir qui nous sont dus conformément à la teneur et aux dispositions de plusieurs lois du Parlement mentionnées dans lesdites lettres patentes et le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les autres droits de douane, droits et paiements qui nous sont ou qui nous deviendront autrement dus en raison de l'importation ou de l'exportation des mêmes biens, articles ou marchandises à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed; de plus, nous avons, en vertu desdites lettres patentes, autorisé et habilité nos commissaires ou quatre ou plusieurs d'entre eux, durant notre bon plaisir comme susdit, à exécuter chacune des clauses des dites lettres patentes et chacune des dispositions de toute autre Loi ou Lois du Parlement qui concernent la perception ou la mise en sûreté des droits qui y sont mentionnés ou une partie de ceux-ci, et à faire toute chose légale qui, présentement, fait partie des attributions des commissaires relativement à la perception et à l'administration de nos douanes; de plus, en vertu de la commission que nous avons donnée à nos commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux, ces derniers sont autorisés et habilités à constituer et à nommer par écrit de temps à autre, sous leurs sceaux, des officiers subalternes dans chaque port de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed, suivant la nomination, le mandat et les directives des commissaires de la Trésorerie actuels ou à l'époque de la nomination, ou du lord Trésorier actuel, au gré de nos commissaires, et à suspendre ou destituer de temps à autre ces officiers si nos commissaires ou quatre ou plusieurs d'entre eux le jugent nécessaire ou utile pour le bon fonctionnement de notre Service en ces lieux; de plus, afin que tous les droits de douane, tous les droits de tonnage et de pondage, de même que toutes les sommes d'argent et autres sommes susdites nous soient versées et que nous en donnions quittance fidèlement nous avons conféré à nos commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux et à tous nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers qui surveillent tous les ports de l'Angle-

terre, du pays de Galles et de la ville de Berwick upon Tweed, le plein pouvoir et l'autorisation de monter à bord, de temps à autre, à leur gré, de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed, afin de le fouiller et de le visiter ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites et de pénétrer de jour dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit dans lequel sont cachés ou soupçonnés d'être cachés des biens, articles ou marchandises à l'égard desquels les droits de douane, les subsides et autres droits et sommes d'argent susmentionnés n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés et payés aux percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers susmentionnés ou tel qu'il a été convenu conformément à l'esprit de la loi; d'ouvrir par la force toutes les malles, de même que tous les coffres, boîtes et colis qui se trouvent à l'intérieur de ces voûtes, cales, entrepôts, magasins et tout endroit; et de faire toute autre chose jugée nécessaire pour le bon fonctionnement de notre Service, selon le cas conformément aux dispositions des lois de l'Angleterre tel qu'il est prescrit, (entre autres) dans ladite commission. Par conséquent, nous vous enjoignons et vous ordonnons à tous sans exception de permettre à Sir John Evelyn Bart., et à messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand ainsi qu'à tous les adjoints, ministres, préposés et autres officiers de nos commissaires et, de temps à autre à chacun d'eux, selon qu'ils jugeront utile, de monter à bord, de jour ou de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, conformément à la teneur, aux dispositions et à l'esprit de notre commission et conformément aux lois de l'Angleterre adoptées pour ces fins; et de pénétrer, de jour, dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit où des biens, articles, ou marchandises sont cachés ou sont soupçonnés d'être cachés et à l'égard desquels les droits de douane, les droits de tonnage et de pondage et les autres sommes d'argent n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés et payés à nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers ou tel que convenu conformément à l'esprit de la loi; afin d'inspecter, d'examiner et de chercher lesdits biens, articles et marchandises; et de faire toute autre

chose qui de droit et en vertu des lois de l'Angleterre sont nécessaires suivant la teneur et l'esprit de notre commission et des lois de l'Angleterre; de plus, nous vous enjoignons et vous ordonnons formellement d'aider, d'assister et de prêter main-forte à nos commissaires Sir John Evelyn Bart., et messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand, et à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers, dans l'exécution des présentes comme il se doit, et de ne pas omettre de prêter votre concours sous peine de sanction grave. Témoin, Sir Thomas Parker, chevalier, à Westminster, le 28e jour de mai dans la 23e année de notre Règne. Au nom du Registraire, etc. et au nom des barons

Signé
Masham

ANNEXE B

Opinion du procureur général William De Grey au sujet de la délivrance des mandats de main-forte en Amérique, 1768

7 Geo. III
chap. 46

En vertu de cette loi du Parlement, après les mots "Attendu qu'en vertu d'une loi du Parlement adoptée au cours de la quatorzième année du règne de Charles II et intitulée An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in His Majesty's Customs et de plusieurs autres lois actuellement en vigueur, tout préposé des douanes de Sa Majesté est fondé, s'il est autorisé par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, à saisir, puis à emporter tout bien ou marchandise, interdit ou introduit en contrebande, et à placer ces derniers en sûreté dans l'entrepôt de Sa Majesté le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu; et après les mots "Attendu qu'en vertu d'une loi adoptée au cours des septième et huitième années du règne de Guillaume III et intitulée An Act for Preventing Frauds and regulating Abuses in the Plantation Trade, il est, entre autres, prescrit que les préposés chargés de percevoir et d'administrer les douanes de Sa Majesté, et d'inspecter le commerce dans les plantations en Amérique ont les mêmes pouvoirs et la même autorité que les préposés en Angleterre, en vertu de ladite Loi datant de la quatorzième année du règne de Charles II, pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, pour rechercher et saisir les biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits de douane sont payables ou auraient dû être payés, et doivent recevoir la même assistance, dans l'exécution de leurs fonctions, que celle qui est accordée aux préposés en Angleterre par ladite loi. Mais comme le pouvoir de décerner les mandats de main-forte aux préposés des douanes dans lesdites plantations n'a été accordé à aucune Cour en particulier par ladite Loi adoptée au cours de la septième et de la huitième années du règne de Guillaume III, il est douteux que ces préposés puissent légalement pénétrer dans les maisons et autres lieux sur la

terre ferme, afin de rechercher et de saisir les biens de la façon prévue par lesdites lois. Afin d'écarter tout doute à l'avenir, et pour donner effet à l'esprit desdites lois, il est prescrit qu'à partir du vingtième jour du mois de novembre mil sept cent soixante-sept, la Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou la plantation, selon le cas, pourra délivrer des mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, magasin, cave ou autre endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, et à rechercher et à saisir les biens interdits ou introduits en contrebande, de la façon prévue par lesdites lois.

Conformément à cette Loi du Parlement, les préposés des douanes en Amérique ont demandé aux juges des Cours de justice supérieures dans leurs provinces respectives de délivrer des mandats de main-forte, mais la plupart des magistrats ont refusé de les délivrer parce que, semble-t-il, ils n'avaient reçu aucun renseignement probant relativement à des circonstances spéciales pouvant justifier la délivrance de ces mandats et que, par conséquent, il serait illégal de confier à des préposés des mandats qui leur confèrent un pouvoir discrétionnaire d'agir de la façon qu'ils jugeraient appropriée. Il importe toutefois de souligner que si des mandats de main-forte de portée générale n'étaient pas accordés aux préposés, l'objet véritable de la loi serait dans la plupart des cas contourné car si les préposés devaient, chaque fois qu'ils avaient connaissance ou apprenaient que des biens interdits ou introduits en contrebande étaient cachés, présenter devant la Cour suprême une requête pour la délivrance d'un mandat de main-forte, cette procédure occasionnerait un délai susceptible d'entraîner le déplacement des biens cachés. Une enquête sur la procédure de délivrance des mandats de main-forte en Angleterre a révélé que la Cour de l'Échiquier délivre ces mandats chaque fois que les commissaires des douanes en font la demande. Chaque préposé des douanes en Angleterre est détenteur d'un mandat de main-forte et dès qu'un nouveau préposé entre en fonction, les commissaires demandent à leur conseiller juridique d'obtenir un mandat de main-forte que les greffiers de la Cour de l'Échiquier délivrent sans qu'il soit nécessaire de présenter une requête en ce sens au tribunal. Ce mandat, qui s'adresse à tous les préposés et ministres relevant de la juridiction du Lord juge Amiral de l'Angleterre, à tous les vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous les autres officiers, ministres et sujets

du Roi, ordonne à ceux-ci d'aider, d'assister et de prêter main-forte aux commissaires des douanes, de même qu'à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers dans l'exécution de leurs fonctions.

Q. Les cours supérieures dans les colonies ou plantations britanniques en Amérique ne devraient-elles pas, sur demande, délivrer des mandats de main-forte selon la procédure suivie devant la Cour de l'Échiquier d'Angleterre? Quelles mesures le gouvernement doit-il prendre pour assurer la délivrance de ces mandats et la protection des préposés des douanes à l'étranger?

Il ne fait pas de doute que la loi adoptée au cours de la septième année du règne de George III oblige les cours supérieures en Amérique à délivrer ces mandats de main-forte aux préposés des douanes comme y est obligée, dans les mêmes circonstances, la Cour de l'Échiquier en Angleterre.

Étant donné que plusieurs juges dans les colonies n'étaient probablement pas familiers avec cette procédure, et il semble qu'ils n'aient pas eu la chance de se renseigner à ce sujet, il est peut-être normal, dans une certaine mesure, qu'ils aient voulu prendre le temps d'y réfléchir et de se renseigner sur la procédure suivie devant la Cour de l'Échiquier et dans les autres colonies. Je pense que seule l'ignorance de la procédure en question et de la pratique britannique explique le fait que le juge en chef de la Pennsylvanie, qui par ailleurs jouit d'une bonne réputation, a pu s'imaginer qu'il n'était pas "autorisé par la loi" à délivrer un mandat établi par la législature, fondé sur le common law, sanctionné par des Lois du Parlement, utilisé quotidiennement en Angleterre et qui, au sens de la loi adoptée au cours de la septième année du règne de Guillaume III -- loi récente ayant un caractère explicatif -- aurait dû prendre racine en Amérique. Aussi, il semble qu'à Boston, où siège un juge très compétent et où cette question a déjà été débattue, la délivrance du mandat de main-forte n'a soulevé aucun problème.

Par conséquent, je recommande la distribution d'un exemplaire du mandat délivré en Angleterre par la Cour de l'Échiquier dans toutes les colonies d'Amérique de même que de la procédure régissant la demande de mandat et la délivrance du mandat. Ainsi, les tribunaux coloniaux seront à même de constater que le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat,

lequel ne fait que faciliter l'exercice du pouvoir de perquisition en rendant coupable d'outrage au tribunal quiconque ne se conforme pas à l'ordonnance qu'il contient. En effet, le mandat ne fait qu'obliger ses destinataires à permettre le libre exercice du pouvoir de perquisition et à prêter main-forte à son titulaire. Le mandat est une notification de l'identité du détenteur aux constables et aux autres personnes visées par le mandat, et constitue pour les sujets une sauvegarde à l'encontre de ceux qui pourraient tenter d'usurper ces pouvoirs. Seul un préposé des douanes muni d'un tel mandat peut exercer ces pouvoirs. Le mandat n'est pas délivré sur la foi de renseignements établis précédemment, ni à des particuliers, ni pour une fin spécifique. Ces difficultés existaient avec la Loi 12 Chas. II, chap. 19 mais la procédure actuelle a remplacé celle qui était prévue dans cette Loi.

[signé] William De Grey
le 20 août 1768

(PRO T1/465)

ANNEXE C

Modèle de mandat de main-forte
pour l'Amérique du Nord britannique
1768-69

Province de George Trois, par la Grâce de Dieu, Roi de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Irlande, Défenseur de la Foi, etc.

À tous les préposés et ministres, actuels et futurs, qui remplissent un office ou exercent un pouvoir relevant de la juridiction du Lord juge Amiral de notre Amirauté d'Angleterre, et à tous nos vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous nos préposés, ministres et sujets résidant dans toutes les cités, villes, villages et comtés de notre dite province.

SACHEZ QUE, attendu qu'en vertu des lettres patentes délivrées sous notre grand sceau de Grande-Bretagne le 8 septembre de la septième année de notre règne, nous avons nommé et désigné nos loyaux et bien-aimés sujets messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton et John Robinson commissaires responsables de l'administration et de la perception de nos douanes, subsides et autres droits mentionnés dans lesdites lettres patentes, durant notre bon plaisir, et en vertu de notre commission susmentionnée, nous avons conféré à nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane et autres droits, ainsi que toutes les autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus en raison de l'importation ou du transport commerciaux de biens, d'articles et de marchandises dans l'une de nos colonies, plantations ou provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, conformément à la teneur et aux dispositions de certaines Lois du Parlement adoptées à ces fins; de plus, nos commissaires sont autorisés et habilités à administrer et à percevoir tous les droits de douane, droits, paiements et autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus conformément à la teneur et aux dispositions de certaines Lois du Parlement mentionnées dans lesdites

lettres patentes et à administrer et à percevoir tous les autres droits de douane, droits et paiements autrement échus et qui nous sont dus en raison de l'importation ou de l'exportation de biens, d'articles ou de marchandises à l'intérieur ou à l'extérieur de l'une de nos colonies, plantations ou provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas. De plus, en vertu de nos dites lettres patentes, nous avons autorisé et habilité, durant notre bon plaisir comme susdit, nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus à exécuter chacune des clauses desdites lettres patentes et chacune des dispositions de toute autre Loi ou Lois du Parlement qui concernent la perception ou la mise en sûreté des droits qui y sont mentionnés ou d'une partie de ceux-ci, et à faire toute chose légale qui, présentement, fait partie des attributions des commissaires relativement à la perception et à l'administration de nos douanes. De plus, en vertu de la commission susmentionnée, nous avons autorisé et habilité nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus à constituer et à nommer par écrit, de temps à autre, sous leurs sceaux, des officiers subalternes dans chaque port de nos colonies, plantations et provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, suivant la nomination, le mandat et les directives des commissaires de la Trésorerie actuels ou à l'époque de la nomination, au gré de nos commissaires, et à suspendre ou à destituer de temps à autre ces officiers si nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus le jugent nécessaire ou utile pour le bon fonctionnement de notre Service en ces lieux. De plus, afin que tous les droits de douane et autres droits, de même que toutes les sommes d'argent et autres sommes susmentionnées nous soient versés et que nous en donnions quittance fidèlement, nous avons autorisé et habilité nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus et tous nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers qui surveillent tous les ports de nos colonies, plantations et provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et

désignées sous le nom d'îles Bahamas, à monter à bord, de temps à autre, à leur gré de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre dans nos colonies, plantations et provinces, situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, et à pénétrer de jour dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit dans lequel sont cachés ou soupçonnés d'être cachés des biens, articles ou marchandises à l'égard desquels les droits de douane et autres droits et sommes d'argent susmentionnés n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés ou payés aux percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers susmentionnés ou tel qu'il a été convenu conformément à l'esprit de la loi; à ouvrir, par la force, toutes les malles et les boîtes, de même que tous les coffres et colis qui se trouvent à l'intérieur de ces voûtes, cales, entrepôts, magasins et tout autre endroit. Ils sont également autorisés et habilités à faire toute autre chose qu'ils jugeront nécessaire pour le bon fonctionnement de notre Service, selon le cas, conformément aux dispositions des lois de l'Angleterre, tel qu'il est prescrit, entre autres, dans ladite commission. Par conséquent, nous vous enjoignons et vous ordonnons à tous sans exception de permettre à messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Baxton et John Robinson ainsi qu'à tous leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers et à chacun d'eux, selon qu'ils jugeront utile, de monter à bord, de temps à autre, à leur gré de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre de notre dite province, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, conformément à la teneur, aux dispositions et à l'esprit de notre Commission et conformément aux lois de l'Angleterre adoptées à ces fins; et de pénétrer, de jour, dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit où des biens, articles et marchandises sont cachés ou soupçonnés d'être cachés et à l'égard desquels les droits de douane et autres sommes d'argent n'ont pas été ou ne seront pas acquittés et payés à nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers ou tel que convenu conformément à l'esprit de la loi; d'inspecter, d'examiner et de chercher lesdits biens, articles et

marchandises susmentionnés; et de faire toute autre chose qui de droit et en vertu des lois de l'Angleterre sont nécessaires suivant la teneur et l'esprit de notre commission et des lois de l'Angleterre. De plus, nous vous enjoignons et vous ordonnons formellement d'aider, d'assister et de prêter main-forte, de temps à autre, à nos commissaires messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton et John Robinson ainsi qu'à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers dans l'exécution des présentes comme il se doit, et de ne pas omettre de prêter votre concours sous peine de sanction grave.

Témoin, monsieur , à ce jour de dans la année de notre règne.

RENVOIS

1. 7 Geo. III, chap. 46, art. 10.

2. C. F. Adams, éd., Life and Works of John Adams, vol. 10 (Boston, 1856), à la p. 248.

3. Voici la teneur du quatrième amendement à la Constitution des États-Unis:

> [TRADUCTION]
>
> Le droit des citoyens à la protection de leur personne, de leur maison, de leurs documents et de leurs effets contre les perquisitions et les saisies déraisonnables, ne peut être violé et aucun mandat ne peut être délivré, sauf en raison de motifs suffisants, appuyés d'un serment ou d'une affirmation, et spécifiant l'endroit qui doit faire l'objet de la perquisition, et les objets qui doivent être saisis.

4. Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40; Loi sur l'accise, S.R.C. 1970, chap. E-12; Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1; Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27.

5. Voir ci-dessous le renvoi 52.

6. Deux ans auparavant, De Grey avait émis une opinion concernant les problèmes qui s'étaient posés dans les colonies, relativement aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Nous étudierons plus en détail l'opinion de 1766, de même que ses causes et ses effets, aux pages 38 et suivantes.

7. Voir l'Annexe de Horace Gray Jr. (qui devint plus tard juge à la Cour suprême des États-Unis) in S. M. Quincy éd., Reports of Cases Argued and Adjudged in the Superior Court of Judicature of the Province of Massachusetts Bay Between 1761 and 1772 by Josiah Quincy Jr. (Boston, 1865) 395, aux p. 395-400.

8. 13 et 14 Car. II, chap. 11.

9. R. v. Watts and Watts (1830), 1 B. & Ad. 166, à la p. 175.

10. On trouve dans l'ouvrage intitulé Lives of the Chief Justices of England, de lord Campbell, vol. 3 (Londres, 1857), à la p. 309, le commentaire suivant à propos du lord juge en chef Tenterden: [TRADUCTION] "il n'eut jamais la réputation d'être infaillible".

11. Edward Coke, The Third Part of the Institutes of the Laws of England, 6e éd. (Londres, 1680), à la p. 162.

12. F. W. Maitland, "The History of the Register of Original Writs", in Select Essays in Anglo-American Legal History II (Boston, 1908), à la p. 558; voir aussi les p. 559-560.

13. Tiré de Statesmen in the Times of George III de Brougham, par Lord Denning M.R. dans Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, [1968] 2 Q.B. 299, à la p. 308.

14. On trouvera plus de détails concernant cette proclamation dans M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), aux p. 23-24.

15. Hill v. Barnes (1777), 2 W. Black. 1135, à la p. 1137. Voir aussi Scott v. Shearman (1775), 2 W. Black. 977, à la p. 977, où le défendeur, un préposé des douanes, a dit au demandeur et à sa femme que [TRADUCTION] "s'ils ne lui donnaient pas les clés, il ouvrirait par la force les serrures; en conséquence, il alla chercher un constable à qui il montra son mandat de main-forte, et ouvrit par la force les serrures des pièces, des placards et des tiroirs, et emporta vingt chopines de genièvre".

16. Voir ci-dessous l'Annexe B, et la page 18 ci-dessus.

17. 4 Geo. 2, chap. 26.

18. 12 Car. II, chap. 19. Pour plus de détails sur cette question, voir les pages 31 à 34 et la note 84, ci-dessous.

19. 1 Eliz. 1, chap. 11.

20. Acts of the Privy Council May 1629 -- May 1630 (Londres, 1960) à la p. 1135.

21. M. Hale, History of the Pleas of the Crown, vol. 2 (Londres 1736), à la p. 150.

22. Voir l'opinion du procureur général De Grey à l'annexe B, au sujet du "pouvoir" conféré par les dispositions du paragraphe 5(2): [TRADUCTION] "seul un préposé des douanes muni d'un tel mandat peut exercer ce pouvoir".

23. Voir la note 21 ci-dessus, à la p. 150.

24. W. S. Holdsworth, History of English Law, vol. 5 (Londres, 1924), à la p. 482.

25. "Concerning the Custom of Goods Imported and Exported", dans F. Hargrave, éd., Law Tracts (Dublin, 1757).

26. Voir M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), aux p. 23-24.

27. Voir à la partie V, la note 84.

28. 1 Jac. II, chap. 1.

29. Voir Smith, op. cit., à la p. 49.

30. (1719), 6 Geo. I, chap. 21.

31. 7 et 8 Gul. III, chap. 22.

32. Smith, op. cit., chapitre 16.

33. PRO T1/543.

34. Les "procurations" étaient des documents constatant la nomination des préposés des douanes, et étaient délivrés par les commissaires des douanes en vertu d'un mandat du ministère des Finances.

35. Voir par exemple le texte cité dans les Quincy's Reports, à la p. 433.

36. Le fait que le Cour supérieure du Massachusetts ait eu la juridiction d'une Cour de l'Échiquier, en vertu d'une loi de la législature provinciale, semble avoir influencé la décision antérieure de cette Cour en faveur des mandats de main-forte.

37. PRO T1/543. Voir la note 33 ci-dessus. Voir aussi la note 6.

38. (1584), 3 Co. Rep. 7a.

39. Les questions abordées dans cette section sont traitées de façon plus détaillée dans l'ouvrage de M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), chapitre 18.

40. PRO T27/29. Voir Smith, op. cit., à la p. 451.

41. PRO T29/38. Voir Smith, op. cit., à la p. 452.

42. Voir ci-dessus aux pages 15 et 16.

43. Voir ci-dessus aux pages 34 et suivantes.

44. 6 Geo. 1, chap. 21.

45. Voir O. M. Dickerson, "Writs of Assistance as a Cause of the Revolution" in Richard B. Morris, éd., The Era of the American Revolution (New York, 1939); voir aussi Smith, op. cit., chapitre 1.

46. Voir ci-dessous aux pages 53 à 87.

47. Smith, op. cit., chapitre 16.

48. Pour une étude plus exhaustive, ibid., chapitre 21.

49. Un exemplaire de l'affaire et de l'opinion (sans doute celui qui fut envoyé à Halifax) se trouve dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse: RG 31. Voir également Quincy's Reports, aux pages 452 à 454, dans lesquels Horace Grey reproduit [TRADUCTION] "une copie qui se trouvait dans les dossiers de la session de mars 1769 de la Cour supérieure de la colonie du Rhode Island".

50. Voir l'annexe C. D'après la correspondance du conseiller juridique David Lisle, classée avec les documents de Boylston au Massachusetts Historical Society de Boston, trois cents exemplaires du modèle du mandat furent imprimés (fol. 13: Lisle aux commissaires, 23 janvier 1769). Le projet de mandat du conseiller Lisle avait été approuvé par Thomas Hutchinson, juge en chef du Massachusetts (fol. 12: Lisle aux commissaires, non daté). Il semble (fol. 14) que non seulement les copies du modèle, dont certaines parties avaient été laissées en blanc, aient été distribuées mais également un spécimen montrant comment les blancs avaient été remplis par la Cour

supérieure du Massachusetts. Le spécimen envoyé à Halifax se trouve dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse: RG 31.

Pour le texte de la lettre (écrite par Lisle) aux procureurs généraux, voir Quincy's Reports, à la p. 506 et fol. 14 de la correspondance de David Lisle.

51. Dans son édition du 11 septembre 1769, le Boston Gazette chercha à faire honte aux instances locales en annonçant désobligeamment que [TRADUCTION] "toutes les provinces d'Amérique, à l'exception de Massachusetts-Bay et de Halifax, ont refusé de délivrer des mandats de portée générale ou mandats de main-forte (...): même les petites colonies de la Georgie et de la Floride ont carrément refusé". Toutefois, le 20 octobre 1772, les commissaires des douanes américains annonçaient que la Floride de l'Est et la Floride de l'Ouest figuraient parmi les colonies qui avaient délivré le mandat; ils mentionnaient également le New Hampshire (qui, effectivement, avait suivi l'exemple du Massachusetts en délivrant semblable mandat au début des années 1760): PRO T1/492.

52. Ibid. La Nouvelle-Écosse avait cependant connu les réticences du début. Voir PRO T1/465, le rapport du 1er mars 1768 du bureau des douanes de Halifax aux commissaires, dans lequel on rapporte les propos du juge en chef Jonathan Belcher: [TRADUCTION] "la Cour est toujours disposée à délivrer ces mandats et à fournir toute autre aide ou assistance aux préposés des douanes, conformément aux exigences de la Loi" mais il dit ignorer [TRADUCTION] "quelle est la procédure applicable dans de telles circonstances et [il est] dans le doute pour ce qui est de l'opportunité de confier ces mandats aux douaniers; à ce moment-ci, le greffier devrait disposer de mandats en blanc prêts à être délivrés sur présentation d'une requête, et lorsque la Cour sera informée que cette procédure est en vigueur dans d'autres colonies, elle la suivra également". On ignore ce qui, exactement, a convaincu le juge Belcher de changer d'avis (sauf que, si l'on se fie à l'article de journal mentionné à la note 51 ci-dessus, cette volte-face s'est produite en septembre 1769). Cependant, parmi les documents portant les numéros RG 31 et 40 (vol. 8) dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse, se trouvent les copies de deux mandats de main-forte, l'un délivré

en 1759 en Angleterre, l'autre en 1761 par la Cour supérieure du Massachusetts, peu après le fameux débat. Les deux mandats portent la date de confection des copies, soit le 20 avril 1768, à Halifax (les textes originaux ayant probablement été retournés à Boston après cette date). Il se pourrait que les documents probants sur l'utilisation des mandats au Massachusetts aient convaincu le tribunal de la Nouvelle-Écosse de délivrer de semblables mandats de portée générale en 1768 (soit longtemps avant la distribution au début de 1769 de l'opinion du procureur général De Grey, etc.). Voir les notes 49 et 50 et les textes ci-dessus.

Le mandat de main-forte du Massachusetts avait été rédigé par le juge en chef Hutchinson (voir la note 50 ci-dessus; voir également M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978) aux pages 413 et 414) à partir d'un modèle britannique obtenu par William Bollan, le représentant de la province à Londres. Il est fort possible que ce modèle était le même qui, en 1768, avait été copié à Halifax puisque la copie de Halifax porte la mention que Bollan avait lui-même écrite sur le mandat qu'il avait fait parvenir à Boston en 1761: [TRADUCTION] "N.B. Ces mandats sont délivrés par l'officier compétent de la Cour de l'Échiquier, sur demande des commissaires des douanes, sans qu'il soit nécessaire de produire une déclaration assermentée ou une ordonnance du tribunal" (Smith, op. cit., à la p. 541). Le mandat du Massachusetts avait été délivré au nom de Charles Paxton du bureau des douanes de Boston. Il est fort probable que ce dernier connaissait le juge en chef de la Nouvelle-Écosse Jonathan Belcher étant donné que le père du juge Belcher, anciennement gouverneur du Massachusetts, était l'ami de Paxton. Il n'est donc pas étonnant que ce soit par le truchement du lien entre Belcher et Paxton que les documents du Massachusetts furent reproduits à Halifax en 1768. Paxton avait sans doute accès non seulement aux archives du bureau des douanes de Boston mais aussi à celles de la Cour supérieure. En effet, Paxton et le juge en chef Hutchinson étaient de vieux amis.

53. En 1772, le common law était le seul droit en vigueur au Québec. Par conséquent, les origines doctrinales du mandat de main-forte en matière de douane ne

posaient pas de problème et ce, même après l'Acte de Québec de 1774, dans la mesure où le mandat faisait partie du droit pénal.

54. PRO T1/492. C'est en 1769 que les procureurs généraux des différentes colonies se voyaient demander pour la première fois de requérir la délivrance de mandats de main-forte au nom des préposés des douanes. Une lettre de cette nature fut envoyée le 17 octobre 1772 à Phillips Calbeck, procureur général de l'île Saint-Jean (voir la correspondance de David Lisle, à la note 49 ci-dessus, fol. 49). Cette lettre ayant été envoyée à "l'île Saint-Jean Terre-Neuve", on peut présumer que les premières lettres furent égarées. La perte du courrier, vu la confusion du nom des villes, soit Saint-Jean (Nouveau-Brunswick) et Saint-Jean (Terre-Neuve), est l'une des raisons du changement de nom de l'île Saint-Jean pour Île-du-Prince-Édouard, qui s'est opéré en 1799.

55. PRO T1/492. Le 10 juillet 1769, le bureau des douanes de Saint-Jean (T.-N.) fut dérouté par une directive émanant des commissaires relativement à l'obligation pour le procureur général de présenter les requêtes pour la délivrance de mandats [TRADUCTION] "Nous n'avons jamais eu de procureur général dans cette province". Il y eut un autre incident semblable le 20 novembre 1771.

56. Les [TRADUCTION] "délégations de pouvoir" qui permettaient aux commissaires des douanes américains de désigner certains de leurs officiers subalternes précisaient que le fondé de pouvoir

> [TRADUCTION]
> est habilité (...) s'il est muni d'un mandat de main-forte délivré par la Cour supérieureou la Cour suprême de Sa Majesté à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt ou autre endroit quel qu'il soit, situé non seulement dans ledit port mais également dans tout port ou lieu qui relève de notre juridiction, pour y perquisitionner avec diligence, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute

> porte, coffre, malle, colis ou autre contenant pour chercher tout bien, article ou marchandise dont l'importation ou l'exportation est interdite, ou à l'égard desquels des droits de douane ou autres droits n'ont pas été payés, et à saisir ces biens au nom de Sa Majesté et à les placer en sécurité dans l'entrepôt du port le plus près de l'endroit où la saisie a eu lieu (...)

Ce long exposé constituait l'essence de la délégation de pouvoir. Il existait encore quelque chose de semblable au milieu du vingtième siècle dans la procuration du préposé des douanes et de l'accise britannique. (Un excellent exemple de la délégation de pouvoir des commissaires américains se trouve à la bibliothèque de l'Université du Nouveau-Brunswick.) Voir Horne v. Boosey (1733), 2 Str. 952.

57. Comme l'indique le modèle formel de 1768-1769 du mandat pour l'Amérique du Nord britannique reproduit en annexe (Annexe C) (calqué sur l'original britannique et qui ne fait que requérir main-forte), ce n'est que plus tard, lorsque les dernières colonies nord-américaines étaient à nouveau assujetties au lointain régime britannique, relativement plus souple, que l'article 10 contaminera les mandats de main-forte. L'opinion du procureur général De Grey qui, en 1768, s'était donné du mal pour faire entrer les mandats prévus à l'article 10 du Revenue Act de 1767 dans le cadre de l'ancienne Loi de 1662, ne fait que confirmer l'intention du législateur en 1767 de ne pas introduire de changements de grande portée.

58. PRO Customs 34/280.

59. Archives nationales du Canada, RG5 B32. Ce mandat fut calqué sur une copie du modèle formel délivré dans le Haut-Canada au cours du règne de Guillaume IV. Certaines modifications appropriées furent insérées à la main.

60. 6 Geo. IV, chap. 114; voir la note 14 et le texte ci-dessous.

61. Voir Smith, op. cit., aux pages 11 et 13.

62. Ibid., aux pages 15 et 16, et 56 à 58.

63. 1 Ann. stat. 1, chap. 8: mais la durée était de six mois.

64. 3 & 4 Guil. IV, chap. 59.

65. 6 Geo. IV, chap. 105.

66. 6 Geo, IV, chap. 108, art. 40.

67. 47 Geo. III, chap. 16 (dans PRO Customs 34/519). Aucun modèle de mandat de main-forte libellé de cette façon n'a été trouvé; on peut se demander si la mention d'une déclaration assermentée ne se rattachait pas à des mandats spécifiques. Voir également la note 74 ci-dessous.

68. 31 Vict., chap. 6.

69. L'article 125 de l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur 31 Vict., chap. 8 touchant la perquisition en matière d'accise en vertu d'un mandat de main-forte renferme des dispositions analogues.

70. [1965] 2 Ex. C.R. 645, aux pages 651 et 652.

71. Ibid., à la page 652.

72. Malgré les derniers mots du texte de l'article 77, on ne peut interpréter cet article comme constituant une obligation de prêter main-forte au-delà de ce qui est nécessaire pour l'application de la Loi sur l'accise. Cette limite découle de la définition du terme "préposé" à l'article 2.

73. Voir la note 69 ci-dessus.

74. La loi de 1807 du Nouveau-Brunswick concernant le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte (pages 68 et 69), qui par ailleurs est excellente, ne renferme aucune disposition relative à l'obligation de prêter main-forte.

75. Voir à la page 64 ci-dessus.

76. Voir à la page 86 ci-dessous.

77. Voir M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), à la page 130.

78. Voir la citation du juge Jackett, aux pages 71 et 72 ci-dessus.

79. En fait, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues désignent le Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à cette fin. Toutefois, depuis le 22 mars 1978, c'est le Procureur général du Canada qui doit se porter demandeur dans une requête pour la délivrance de mandats de main-forte en vertu de ces lois et de la Loi sur les douanes et de la Loi sur l'accise. Depuis le décret du 9 mars 1978, enregistré le 22 mars 1978 et portant le numéro C.P. 1978-732, pris en vertu de la Loi sur les remaniements et les transferts dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-34, (laquelle prévoit à l'article 2 que le gouverneur en conseil peut "transférer les pouvoirs, devoirs ou fonctions, (...) d'un ministre de la Couronne à tout autre ministre de la Couronne"), la responsabilité de demander la délivrance de mandats en vertu de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues a été transférée du Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social au Procureur général du Canada.

80. [1965] 2 Ex. C.R. 645, aux pages 650 et 651.

81. (1977), 34 C.C.C. (2d) 62. L'arrêt a été publié deux ans après que le jugement a été rendu.

82. Ibid., à la page 64.

83. Ibid., à la page 63.

84. À propos de l'inadéquate Loi 12 Chas. II, chap. 19, voir aux pages 19, 31 à 34 ci-dessus et la référence qui y est faite au dernier paragraphe de l'opinion du procureur général De Grey jointe à l'annexe B. Le successeur de De Grey, Edward Thurlow, a lui aussi jugé sévèrement cette loi: Smith, op. cit., aux pages 522 et 523. La réapparition de cette loi, sous une forme ou une autre, s'est avérée étonnamment permanente et marquante. Au Royaume-Uni, cette loi fait toujours partie du régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte sous la forme des paragraphes (3), (4) et (5) de l'article 161 du Customs and Excise Management Act de 1979 (1979, chap. 2). Cette dualité existe également dans la législation canadienne moderne: articles 134 et 139

de la Loi sur les douanes; articles 72 et 76 de la Loi sur l'accise; article 10 de la Loi sur les stupéfiants (dans ce cas, le mandat de perquisition et le mandat de main-forte); article 37 de la Loi des aliments et drogues (au même effet que la Loi sur les stupéfiants). La meilleure explication de ce dédoublement des procédures qui se poursuit au Canada comme en Angleterre en cette fin de vingtième siècle est l'incertitude chronique des quelques générations de législateurs qui se sont succédés, face à la rupture d'un statu quo trop solidement ancré. Pour une étude plus approfondie des origines du rapport entre mandat de perquisition et mandat de main-forte, voir Smith, op. cit., chapitre 4.

85. Voir aux pages 9 et 10 ci-dessus.

86. L'ouvrage le plus récent qui semble avoir traité le sujet avec quelque érudition est celui de John Phillip Reid intitulé In a Rebellious Spirit (University Park and London: Pennsylvania State University Press, 1979). Cet ouvrage étudie principalement les événements qui se sont produits au Massachusetts avant la révolution américaine, en particulier l'épisode de Malcom en 1766 (aux pages 45 et 46 ci-dessus). À en juger par le passage suivant, le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte doit être utilisé avec beaucoup de circonspection. Le mandat de main-forte servi à Malcom [TRADUCTION] "était, en résumé, un mandat de perquisition, autorisant des préposés des douanes à pénétrer de jour, de force si nécessaire, dans les entrepôts, magasins et maisons pour y chercher des biens introduits en contrebande" (page 25).

87. William Brown, Compendium of the Several Branches of Practice in the Court of Exchequer at Westminster.

88. Voici le texte du renvoi en bas de page (t) du paragraphe 61 intitulé Revenue dans la troisième édition du Halsbury's Laws of England (Londres, 1962):

> Le mandat de main-forte est un document délivré en vertu de lettres patentes par le bureau du Registraire de la Reine au Greffe principal de la Cour suprême. Ce mandat de main-forte ne doit pas être confondu avec le mandat de main-forte qui accompagne

> parfois les procédures d'exécution de jugement (...) Un certain nombre de ces mandats sont délivrés peu de temps après le début du règne d'un souverain. Ils restent en vigueur pendant toute la durée de ce règne et pendant les six mois qui suivent la fin du règne. [Autorité citée: la disposition législative qui depuis a été remplacée par le paragraphe 161(6) du Customs and Excise Management Act de 1979].

Ce passage constitue probablement l'étude la plus exhaustive sur le mandat de main-forte jamais publiée en Angleterre.

89. (1733), 2 Str. 952.

90. (1765), 19 St. Tr. 1002.

91. (1785), 4 Dougl. 339; sub nom. Cooper v. Booth (1785), 3 Esp. 135.

92. (1773), 2 W. Black. 912, 3 Wils. 434.

93. Bureau des archives de Norfolk, Norwich: archives de Walsingham (Maton) WLS IV/17 202.

94. (1775), 2 W. Black. 1002.

95. (1777), 2 W. Black. 1135.

96. Voir à la page 13 ci-dessus et la note.

97. Voir aux pages 52 et 53 ci-dessus.

16 JUIN 1994

a39003 012281332b

Bibliothèques
Université d'Ottawa
Echéance

Libraries
University of Ottawa
Date Due

DEC 0 4 2012